ROGÉRIO GRECO

CURSO DE DIREITO PENAL
PARTE ESPECIAL

VOLUME IV

ARTS. 250 A 361 DO CP

8ª edição
Revista, ampliada e atualizada
até 1º de janeiro de 2012

EDITORA IMPETUS
Niterói, RJ
2012

© 2012, Editora Impetus Ltda.

Editora Impetus Ltda.
Rua Alexandre Moura, 51 – Gragoatá – Niterói – RJ
CEP: 24210-200 – Telefax: (21) 2621-7007

Editoração Eletrônica: Editora Impetus Ltda.
Capa: Rodrigo Bressane
Revisão de Português: Becker Programação & Textos Ltda. / Tucha
Equipe de Pesquisa: Patrícia Costa de Mello
Paula Tathiana Pinheiro
Thiago Gomes de Carvalho Pinto
Impressão e encadernação: Sermograf Artes Gráficas Ltda.

G829c

Greco, Rogério.

Curso de Direito Penal: parte especial, volume IV / Rogério Greco. – 8. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2012.

816 p. ; 17 x 24 cm.

ISBN: 978-85-7626-563-4

1. Direito penal – Brasil. I. Título.

CDD: 345.81

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS – É proibida a reprodução, salvo pequenos trechos, mencionando-se a fonte. A violação dos direitos autorais (Lei nº 9.610/1998) é crime (art. 184 do Código Penal). Depósito legal na Biblioteca Nacional, conforme Decreto nº 1.825, de 20/12/1907.

O autor é seu professor; respeite-o: não faça cópia ilegal.

A **Editora Impetus** informa que quaisquer vícios do produto concernentes aos conceitos doutrinários, às concepções ideológicas, às referências, à originalidade e à atualização da obra são de total responsabilidade do autor/atualizador.

www.impetus.com.br

Para minha esposa Fernanda;

meus filhos Rogério, João, Rafaella, Emanuella e Daniela;

meus pais Jorge e Elena;

meus sogros Paulo e Iracema.

O amor de Deus nos fez um só.

A Jesus Cristo, meu amigo, meu herói, Aquele que me escolheu antes que eu tivesse sido formado no ventre da minha mãe. Sem Ele, nada poderia ter sido feito.

O Autor

Rogério Greco é Procurador de Justiça, tendo ingressado no Ministério Público de Minas Gerais em 1989. Foi vice-presidente da Associação Mineira do Ministério Público (biênio 1997-1998) e membro do conselho consultivo daquela entidade de classe (biênio 2000-2001). É membro fundador do Instituto de Ciências Penais (ICP) e da Associação Brasileira dos Professores de Ciências Penais e membro eleito para o Conselho Superior do Ministério Público durante os anos de 2003, 2006 e 2008; Professor de Direito Penal do Curso de Pós-Graduação da PUC/BH; Professor do Curso de Pós-Graduação de Direito Penal da Fundação Escola Superior do Ministério Público de Minas Gerais; assessor especial do Procurador-Geral de Justiça junto ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais; Mestre em Ciências Penais pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG); especialista em Direito Penal (Teoria do Delito) pela Universidade de Salamanca (Espanha); Doutor pela Universidade de Burgos (Espanha); Membro Titular da Banca Examinadora de Direito Penal do XLVIII Concurso para Ingresso no Ministério Público de Minas Gerais; palestrante em congressos e universidades em todo o País. É autor das seguintes obras: *Direito Penal* (Belo Horizonte: Cultura); *Estrutura Jurídica do Crime* (Belo Horizonte: Mandamentos); *Concurso de Pessoas* (Belo Horizonte: Mandamentos); *Direito Penal – Lições* (Rio de Janeiro: Impetus); *Curso de Direito Penal – Parte geral e parte especial* (Rio de Janeiro: Impetus); *Código Penal Comentado – Doutrina e jurisprudência* (Rio de Janeiro: Impetus); *Atividade Policial – Aspectos Penais, Processuais Penais, Administrativos e Constitucionais* (Rio de Janeiro: Impetus); Vade Mecum *Penal e Processual Penal* (coordenador); *Resumos Gráficos de Direito Penal* (Rio de Janeiro: Impetus); *Direitos Humanos, Sistema Prisional e Alternativas à Privação de Liberdade* (São Paulo: Saraiva); *Virado do Avesso – Um romance histórico-teológico sobre a vida do apóstolo Paulo* (Rio de Janeiro: Nahgash). É embaixador de Cristo.

Fale direto com o autor pelo *e-mail*: rogerio.greco@terra.com.br
e pelo *site*: www.rogeriogreco.com.br

Nota do Autor

Foram três anos, aproximadamente, a duração do ministério de Jesus. Durante esse tempo, Ele revolucionou todos os conceitos, quebrou dogmas, instituiu a lei do amor. Nunca as pessoas foram tão bem acolhidas. Quando as repreendia, o fazia com um carinho inigualável. Os homens que estiveram lado a lado com Jesus testemunharam seus milagres: a cura de paralíticos, de cegos, de coxos, a expulsão de demônios, a ressurreição de mortos...

No entanto, lendo os evangelhos, pude perceber que, mesmo estando ao lado do próprio Deus, seus discípulos não pareciam reconhecer-lhe a divindade. Tudo era muito sobrenatural, e os homens que o acompanhavam ainda não estavam preparados para tantas revelações. Eram, na verdade, muito religiosos, mas não conheciam a Deus. Muitos tentavam cumprir as leis que haviam sido determinadas por Deus a Moisés, mas, na verdade, não passavam de ritualistas. O coração deles estava direcionado para outras coisas que não a adoração legítima.

Durante o tempo em que permaneceu ensinando as pessoas sobre o amor de Deus e a vinda próxima de Seu reino, Jesus, por diversas vezes, predisse sua morte. Aquilo tudo soava muito estranho aos ouvidos daquelas pessoas. Não entendiam bem a mensagem que o Mestre tentava lhes passar. Jesus veio a este mundo como um cordeiro, preparado para o sacrifício. Sua morte era inevitável, para que nós tivéssemos vida. Ele veio para nos resgatar, para nos comprar por um preço muito alto, mas as pessoas não conseguiam entender a grandiosidade dessa mensagem.

Tudo era muito bom, divertido, alegre. Jesus ensinava as pessoas com carinho, exemplificando de acordo com a capacidade e a cultura de cada um. Os milagres aconteciam naturalmente, e a fama de Jesus crescia cada vez mais. Mas chegou o momento do sacrifício. Sua missão estava próxima do fim.

Na noite em que os judeus celebravam a Páscoa, comemorando a saída do povo do Egito, da escravidão à terra prometida, Jesus reuniu-se com seus discípulos e tentou, mais uma vez, explicar-lhes a necessidade de Sua morte. Pegou um pedaço de pão e repartiu entre eles dizendo, simbolicamente, que aquele era o seu corpo, que era dado em favor deles. Tal como aconteceu com o pão, que fora partido na presença de todos, assim fariam a Jesus. Ele também seria moído por nós.

No instante seguinte, pegou o cálice de vinho e disse que ele representava o Seu sangue, que também seria derramado por nós. Todos olharam atônitos para aquela cena. Mais tarde compreenderiam, exatamente, o que aquilo queria significar.

Logo depois da ceia, Jesus, junto com alguns de seus discípulos, foi orar no monte das Oliveiras, aguardando Sua prisão e Sua morte. Sua agonia era tão grande, Seu nível de estresse tão alto que Seu suor se misturava com sangue, saindo-Lhe dos poros. Os guardas chegaram, prenderam Jesus e O levaram. Era o início do ato final. Sua vitória se aproximava. Todos aqueles que se diziam seus amigos o abandonaram, à exceção de algumas mulheres e, ao que parece, um de seus discípulos chamado João.

Pedro, que havia testemunhado tantos milagres, logo após a prisão de Jesus, ao ser reconhecido por algumas pessoas como um de seus seguidores, amedrontado, negou veementemente que O conhecia. Todos tinham medo de morrer, em virtude de terem sido seguidores de Jesus. Parece que haviam se esquecido de que estavam caminhando com o próprio Deus. Não se lembravam mais da transformação da água em vinho, da multiplicação dos pães, da cura do gadareno endemonindado, da ressurreição de Lázaro, enfim, esqueceram-se de a Quem serviam e se acovardaram.

Depois de preso, humilhado, açoitado, veio a crucificação – uma das mortes mais horrorosas que alguém podia suportar. A crucificação conduzia à morte por asfixia. Muitas vezes, era lenta, agonizante. Esse era o momento esperado por Jesus. Aos olhos do mundo, loucura; aos olhos de Deus, a redenção pelos nossos pecados. Jesus havia nos comprado com Seu sangue e com Sua carne. Nosso preço foi muito alto. Ele era o nosso Cordeiro.

Muitos foram mortos e crucificados pelo Império Romano. No entanto, de todos eles, somente um ressuscitou. O Seu nome é Jesus, o Príncipe da Paz, o Pai da Eternidade. Essa é a razão da minha fé. Não fosse a ressurreição, Jesus poderia ser considerado um mártir, um profeta qualquer. A diferença fundamental entre Jesus e todos os demais é que Ele está vivo!!! O Deus que se fez carne para pagar todas as nossas dívidas ainda vive, hoje.

A prova maior que tenho dessa ressurreição é o próprio testemunho de seus discípulos e a história do povo judeu. Se fizermos uma comparação entre o comportamento dos discípulos antes e depois da ressurreição, veremos que houve uma mudança radical. Se tomarmos o exemplo de Pedro, aquele mesmo que negou Jesus por três vezes, com medo de ser morto por ser um seguidor da "seita do nazareno", e observarmos sua atitude no final de seu ministério pastoral, veremos a modificação. A história nos conta que Pedro, muitos anos depois da ressurreição de Jesus, também foi morto crucificado. No entanto, quando estava se dirigindo ao local da execução, percebendo que também seria crucificado, disse ao seu carrasco que "ele não era digno de morrer como seu Mestre", sendo, então, crucificado de cabeça para baixo.

Outra mudança que me faz acreditar ainda mais na ressurreição diz respeito ao apóstolo Paulo. Paulo, um judeu fariseu, profundo conhecedor das escrituras, odiava os cristãos. Acreditava que blasfemavam contra o nome de Deus dizendo que Jesus era o Messias. Sua perseguição era cruel. Paulo se regozijava com a morte dos seguidores de Jesus. Fazia de tudo para prendê-los. Entretanto, um dia, Paulo também teve um encontro verdadeiro com Jesus. Diz a Bíblia, no livro de Atos, capítulo 9, versículos 1 a 7:

> "Saulo, respirando ainda ameaças e morte contra os discípulos do Senhor, dirigiu-se ao sumo sacerdote e lhe pediu cartas para as sinagogas de Damasco, a fim de que, caso achasse alguns que eram do Caminho, assim homens como mulheres, os levasse presos para Jerusalém. Seguindo ele estrada fora, ao aproximar-se de Damasco, subitamente uma luz do céu brilhou ao seu redor, e, caindo por terra, ouviu uma voz que lhe dizia: Saulo, Saulo, por que me persegues? Ele perguntou: Quem és tu, Senhor? E a resposta foi: Eu sou Jesus, a quem tu persegues; mas levanta-te e entra na cidade, onde te dirão o que te convém fazer."

A partir desse instante, Paulo passou a ser o maior pregador da Palavra de Deus. Aquele a quem perseguia passou a ser a razão de sua fé. Paulo, que tinha tudo para ser um dos homens importantes de seu tempo, renunciou a tudo para seguir a Jesus. De perseguidor, passou a perseguido; de caçador, a caça. Como ele mesmo diz na segunda carta dirigida à Igreja de Corinto (versículos 24 a 29), narrando suas aventuras em prol da pregação do evangelho de Cristo, além das prisões, fora cinco vezes açoitado pelos judeus; por três vezes fustigado com varas; uma vez, apedrejado; naufragou três vezes; além dos perigos que correu viajando pelo deserto, pelas cidades, pelos rios etc.

Por que razão Paulo deixaria todo o seu conforto, todo o seu *status*, para passar a ser tratado como um "criminoso", um inimigo de seu povo? Para essa pergunta, só temos uma resposta: Paulo entendeu que o túmulo estava vazio!!! Jesus não se encontrava mais no túmulo em que permaneceu durante três dias. Ele havia ressuscitado e se revelado a Paulo. Jesus se revelou a Paulo, assim como se revelou a mim também. Eu, que não era digno de conhecer a Jesus, fui escolhido por Ele. Agora, seja dentro de um livro de Direito Penal ou mesmo testemunhando para amigos, desconhecidos etc., minha meta é fazer com que todos tenham esse encontro verdadeiro. Nada do que consta neste livro poderá resolver o problema da humanidade. A única forma de resolvermos todos os nossos problemas chama-se JESUS. Não há outro caminho além dEle. Jesus disse que Ele era o Caminho, a Verdade e a Vida, e ninguém iria ao Pai se não fosse por Ele. Não existem vários caminhos que levam a Deus como muitas pessoas acreditam. Se você crê que a

Bíblia é a Palavra de Deus, o que nela está escrito é que Jesus é o ÚNICO caminho, e não mais um caminho ao lado de outros.

Jesus disse, em Apocalipse, capítulo 3, versículo 20: "Eis que estou à porta e bato; se alguém ouvir a minha voz e abrir a porta, entrarei em sua casa e cearei com ele, e ele, comigo". Se você quiser ter um encontro com Jesus, entregar-Lhe sua vida, eu o convido a fazê-lo. Você é livre para aceitar ou rejeitar esse convite. O máximo que posso fazer é convidá-lo.

Se quiser aceitá-lo, faça a oração a seguir. Se concordar com ela, diga um AMÉM bem forte, com todo o seu sentimento:

Senhor Jesus, eu não Te vejo, mas creio que Tu és o Filho de Deus. Agradeço-Te, Jesus, por ter morrido em meu lugar naquele madeiro, levando todas as minhas transgressões. Reconheço, Jesus, que Tu és o único Senhor e Salvador da minha alma. Escreve meu nome no Livro da Vida e me dá a salvação eterna. Amém.

Que Deus abençoe você. Maranata!

Rogério Greco

SUMÁRIO

Capítulo 1 – Dos Crimes contra a Incolumidade Pública 1

Capítulo 2 – Incêndio 3

1. Introdução 3
2. Classificação doutrinária 4
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 5
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 5
5. Consumação e tentativa 5
6. Elemento subjetivo 5
7. Modalidade culposa 6
8. Modalidades comissiva e omissiva 6
9. Causas especiais de aumento de pena 6
10. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 9
11. Destaques 9
    - 11.1. Provocar incêndio em imóvel afastado da cidade 9
    - 11.2. Incêndio com a finalidade de causar a morte da vítima 9
    - 11.3. Incêndio e dano qualificado pelo emprego de substância inflamável (art. 163, parágrafo único, II) 10
    - 11.4. Incêndio e estelionato praticado para recebimento de indenização ou valor de seguro 10
    - 11.5. Incêndio provocado por motivação política 11
    - 11.6. Incêndio e crime ambiental 11
    - 11.7. Exame pericial 11

Capítulo 3 – Explosão 13

1. Introdução 13
2. Classificação doutrinária 15

3. Sujeito ativo e sujeito passivo 15
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 15
5. Consumação e tentativa 15
6. Elemento subjetivo 16
7. Modalidade privilegiada 16
8. Modalidade culposa 16
9. Modalidades comissiva e omissiva 17
10. Causas especiais de aumento de pena 18
11. Pena, ação penal, competência para o julgamento e suspensão condicional do processo 18
12. Destaques 18
    12.1. Explosão provocada por motivação política 18
    12.2. Pesca mediante a utilização de explosivos 19
    12.3. Prova pericial 19
    12.4. Homicídio praticado com o emprego de explosivo 20
13. Queima de fogos de artifício 20

Capítulo 4 – Uso de Gás Tóxico ou Asfixiante 23
1. Introdução 23
2. Classificação doutrinária 24
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 24
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 24
5. Consumação e tentativa 25
6. Elemento subjetivo 25
7. Modalidade culposa 25
8. Modalidades comissiva e omissiva 25
9. Pena, ação penal, competência para o julgamento e suspensão condicional do processo 25
10. Destaques 26
    10.1. Homicídio qualificado pelo emprego de gás asfixiante 26
    10.2. Utilização de gás lacrimogêneo pela polícia 26
    10.3. Contravenção penal de emissão de fumaça, vapor ou gás 27
    10.4. Prova pericial 29

Capítulo 5 – Fabrico, Fornecimento, Aquisição, Posse ou Transporte de Explosivos ou Gás Tóxico, ou Asfixiante 31
1. Introdução 31
2. Classificação doutrinária 33
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 33
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 33
5. Consumação e tentativa 33
6. Elemento subjetivo 34
7. Modalidades comissiva e omissiva 35
8. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 35
9. Destaques 35
    9.1. Lei de Segurança Nacional 35
    9.2. Revogação parcial do art. 253 do Código Penal pelo Estatuto do Desarmamento 36
    9.3. Perícia 36

Capítulo 6 – Inundação 37
1. Introdução 37
2. Classificação doutrinária 38
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 38
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 38
5. Consumação e tentativa 38
6. Elemento subjetivo 39
7. Modalidades comissiva e omissiva 39
8. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 39
9. Destaques 40
    9.1. Inundação com o fim de causar a morte de alguém 40
    9.2. Usurpação de águas 40
    9.3. Dano 40

Capítulo 7 – Perigo de Inundação 41
1. Introdução 41
2. Classificação doutrinária 42
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 42
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 42
5. Consumação e tentativa 42
6. Elemento subjetivo 43
7. Modalidades comissiva e omissiva 43
8. Pena, ação penal e suspensão condicional do processo 44

9. Destaques 44
9.1. Necessidade de perícia 44
9.2. Concurso entre os delitos de inundação e perigo de inundação 44

Capítulo 8 – Desabamento ou Desmoronamento 47
1. Introdução 47
2. Classificação doutrinária 48
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 48
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 48
5. Consumação e tentativa 48
6. Elemento subjetivo 49
7. Modalidade culposa 49
8. Modalidades comissiva e omissiva 49
9. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 49
10. Destaques 50
10.1. Dano praticado por desabamento ou desmoronamento 50
10.2. Desabamento de construção 50
10.3. Desabamento ou desmoronamento como meio para a prática do delito de homicídio 51

Capítulo 9 – Subtração, Ocultação ou Inutilização de Material de Salvamento 53
1. Introdução 53
2. Classificação doutrinária 54
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 54
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 54
5. Consumação e tentativa 55
6. Elemento subjetivo 56
7. Modalidades comissiva e omissiva 56
8. Pena e ação penal 56
9. Destaques 56
9.1. Concurso de crimes 56
9.2. Subtração sem que ocorra exposição a perigo comum 57

Capítulo 10 – Majorantes nos Crimes de Perigo Comum 59
1. Introdução 59
2. Preterdolo 60
3. Majorantes nos crimes culposos de perigo comum 61
4. Concurso de crimes 61

Capítulo 11 – Difusão de Doença ou Praga 63
1. Introdução 63
2. Classificação doutrinária 65
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 65
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 65
5. Consumação e tentativa 65
6. Elemento subjetivo 65
7. Modalidade culposa 66
8. Modalidades comissiva e omissiva 66
9. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 66
10. Destaque 66
10.1. Revogação tácita do art. 259 do Código Penal pelo art. 61 da Lei nº 9.605/98 66

Capítulo 12 – Perigo de Desastre Ferroviário 69
1. Introdução 69
2. Classificação doutrinária 71
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 71
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 71
5. Consumação e tentativa 71
6. Elemento subjetivo 72
7. Modalidades comissiva e omissiva 72
8. Desastre ferroviário (modalidade qualificada) 72
9. Modalidade culposa 73
10. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condiconal do processo 74
11. Destaques 74
11.1. Finalidade de dano e perigo de desastre ferroviário 74
11.2. Sabotagem com finalidade política 75
11.3. Simulação de perigo 75
11.4. Perigo de desastre ferroviário e a interrupção ou perturbação de serviço telegráfico ou telefônico prevista pelo art. 266 do Código Penal 76

Capítulo 13 – Atentado Contra a Segurança de Transporte Marítimo, Fluvial ou Aéreo 77
1. Introdução 77
2. Classificação doutrinária 79
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 80
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 80
5. Consumação e tentativa 80
6. Elemento subjetivo 80
7. Modalidades comissiva e omissiva 81
8. Sinistro em transporte marítimo, fluvial ou aéreo (modalidade qualificada) 81
9. Modalidade culposa 82
10. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 82
11. Destaque 83
    11.1. Abuso na prática da aviação 83
    11.2. Caso do jato executivo *Legacy* 84

Capítulo 14 – Atentado contra a Segurança de outro Meio de Transporte 85
1. Introdução 85
2. Classificação doutrinária 86
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 87
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 87
5. Consumação e tentativa 87
6. Elemento subjetivo 87
7. Modalidades comissiva e omissiva 88
8. Modalidade qualificada 88
9. Modalidade culposa 88
10. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 89
11. Destaque 89
    11.1. Concurso com o delito de homicídio 89

Capítulo 15 – Arremesso de Projétil 91
1. Introdução 91
2. Classificação doutrinária 93
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 93
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 93
5. Consumação e tentativa 94
6. Elemento subjetivo 94
7. Modalidades comissiva e omissiva 94
8. Modalidade qualificada 95
9. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 95
10. Destaque 95
    10.1. Finalidade de atingir pessoa determinada 95

Capítulo 16 – Atentado contra a Segurança de Serviço de Utilidade Pública 97
1. Introdução 97
2. Classificação doutrinária 98
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 98
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 99
5. Consumação e tentativa 99
6. Elemento subjetivo 99
7. Modalidades comissiva e omissiva 100
8. Causa especial de aumento de pena 100
9. Pena, ação penal e suspensão condicional do processo 100
10. Destaques 100
    10.1. Atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública por motivação política 100
    10.2. Atentado contra serviço de utilidade militar 101
    10.3. Atentado contra instalação nuclear 101

Capítulo 17 – Interrupção ou Perturbação de Serviço Telegráfico ou Telefônico 103
1. Introdução 103
2. Classificação doutrinária 104
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 104
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 104
5. Consumação e tentativa 104
6. Elemento subjetivo 105
7. Modalidades comissiva e omissiva 105
8. Causa especial de aumento de pena 105
9. Pena, ação penal e suspensão condicional do processo 105

10. Destaques 106
10.1. Interrupção ou perturbação de comunicação entre pessoas determinadas 106
10.2. Instalação de aparelhos clandestinos 106

Capítulo 18 – Epidemia 107
1. Introdução 107
2. Classificação doutrinária 108
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 109
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 109
5. Consumação e tentativa 109
6. Elemento subjetivo 109
7. Modalidades comissiva e omissiva 109
8. Causa especial de aumento de pena 109
9. Modalidade culposa 110
10. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 110
11. Destaque 111
11.1. Diferença entre epidemia, endemia e pandemia 111

Capítulo 19 – Infração de Medida Sanitária Preventiva 113
1. Introdução 113
2. Classificação doutrinária 114
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 114
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 115
5. Consumação e tentativa 115
6. Elemento subjetivo 115
7. Modalidades comissiva e omissiva 115
8. Causas especiais de aumento de pena 116
9. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 116
10. Destaque 116
10.1. Revogação da norma complementar 116

Capítulo 20 – Omissão de Notificação de Doença 119
1. Introdução 119
2. Classificação doutrinária 123
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 123
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 123
5. Consumação e tentativa 123
6. Elemento subjetivo 124
7. Modalidade omissiva 124
8. Causas especiais de aumento de pena 124
9. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 124

Capítulo 21 – Envenenamento de Água Potável ou de Substância Alimentícia ou Medicinal 125
1. Introdução 125
2. Classificação doutrinária 127
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 127
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 127
5. Consumação e tentativa 128
6. Elemento subjetivo 128
7. Modalidades comissiva e omissiva 128
8. Modalidade culposa 129
9. Entrega a consumo ou tem em depósito, para o fim de ser distribuída, a água ou a substância envenenada 129
10. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 130
11. Destaques 130
11.1. Pessoa determinada – homicídio qualificado 130
11.2. Prisão temporária 130
11.3. Revogação da primeira parte do *caput* do art. 270, bem como de seu § 1º, pelo art. 54 da Lei nº 9.605/98 130

Capítulo 22 – Corrupção ou Poluição de Água Potável 133
1. Introdução 133
2. Classificação doutrinária 134
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 134
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 134
5. Consumação e tentativa 135
6. Elemento subjetivo 135
7. Modalidades comissiva e omissiva 135

8. Modalidade culposa 135
9. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 135

Capítulo 23 – Falsificação, Corrupção, Adulteração ou Alteração de Substância ou Produtos Alimentícios 137
1. Introdução 137
2. Classificação doutrinária 139
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 139
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 139
5. Consumação e tentativa 139
6. Elemento subjetivo 139
7. Modalidades comissiva e omissiva 140
8. Modalidade culposa 140
9. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 140
10. Destaques 141
    10.1. Ofensa ao princípio da proporcionalidade 141
    10.2. Crime contra a economia popular 141

Capítulo 24 – Falsificação, Corrupção, Adulteração ou Alteração de Produto Destinado a Fins Terapêuticos ou Medicinais 143
1. Introdução 144
2. Classificação doutrinária 145
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 145
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 146
5. Consumação e tentativa 146
6. Elemento subjetivo 146
7. Modalidades comissiva e omissiva 146
8. Modalidade culposa 146
9. Pena, ação penal e suspensão condicional do processo 147
10. Destaque 147
    10.1. Ofensa aos princípios da ofensividade e proporcionalidade 147

Capítulo 25 – Emprego de Processo Proibido ou de Substância não Permitida 149
1. Introdução 149
2. Classificação doutrinária 151
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 151
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 151
5. Consumação e tentativa 151
6. Elemento subjetivo 152
7. Modalidades comissiva e omissiva 152
8. Pena, ação penal e suspensão condicional do processo 152
9. Destaque 153
    9.1. Crime contra a economia popular 153

Capítulo 26 – Invólucro ou Recipiente com Falsa Indicação 155
1. Introdução 155
2. Classificação doutrinária 156
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 156
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 156
5. Consumação e tentativa 157
6. Elemento subjetivo 157
7. Modalidades comissiva e omissiva 157
8. Pena, ação penal e suspensão condicional do processo 158
9. Destaque 158
    9.1. Falsa indicação em folhetos ou catálogos informativos 158

Capítulo 27 – Produto ou Substância nas Condições dos dois Artigos Anteriores 159
1. Introdução 159
2. Classificação doutrinária 160
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 160
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 160
5. Consumação e tentativa 161
6. Elemento subjetivo 161
7. Modalidades comissiva e omissiva 161
8. Pena, ação penal e suspensão condicional do processo 161
9. Destaque 162
    9.1. Produto de primeira necessidade 162

Capítulo 28 – Substância Destinada à Falsificação 163
1. Introdução 163
2. Classificação doutrinária 164

3. Sujeito ativo e sujeito passivo 165
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 165
5. Consumação e tentativa 165
6. Elemento subjetivo 165
7. Modalidades comissiva e omissiva 166
8. Pena, ação penal e suspensão condicional do processo 166

Capítulo 29 – Outras Substâncias Nocivas à Saúde Pública 167
1. Introdução 167
2. Classificação doutrinária 168
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 168
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 169
5. Consumação e tentativa 169
6. Elemento subjetivo 169
7. Modalidades comissiva e omissiva 169
8. Modalidade culposa 169
9. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 170

Capítulo 30 – Medicamento em Desacordo com Receita Médica 171
1. Introdução 171
2. Classificação doutrinária 172
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 173
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 173
5. Consumação e tentativa 173
6. Elemento subjetivo 174
7. Modalidades comissiva e omissiva 174
8. Modalidade culposa 174
9. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 174
10. Destaques 175
    10.1. Médico que prescreve medicamento com dose excessiva 175
    10.2. Receita prescrita por dentistas e parteiras 175
    10.3. Farmacêutico que aumenta a dose, agindo com *animus necandi* 175
    10.4. Lei Antidrogas 176

Capítulo 31 – Exercício Ilegal da Medicina, Arte Dentária ou Farmacêutica 177
1. Introdução 177
2. Classificação doutrinária 178
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 179
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 179
5. Consumação e tentativa 179
6. Elemento subjetivo 180
7. Modalidades comissiva e omissiva 180
8. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 180
9. Destaques 181
    9.1. Exercício ilegal de profissão ou atividade 181
    9.2. Protético que exerce as funções de dentista 181
    9.3. Estado de necessidade e exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica 182
    9.4. Registro do diploma 183
    9.5. Médico, dentista ou farmacêutico suspenso das suas atividades 183
    9.6. Crime único 183
    9.7. Parteiras 183

Capítulo 32 – Charlatanismo 185
1. Introdução 185
2. Classificação doutrinária 187
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 187
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 187
5. Consumação e tentativa 187
6. Elemento subjetivo 188
7. Modalidades comissiva e omissiva 188
8. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 188

Capítulo 33 – Curandeirismo 189
1. Introdução 189
2. Classificação doutrinária 191
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 191
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 191
5. Consumação e tentativa 192
6. Elemento subjetivo 192

7. Modalidades comissiva e omissiva 192
8. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 192
9. Destaque 193
9.1. Religião e curandeirismo 193

Capítulo 34 – Dos Crimes contra a Paz Pública 195

Capítulo 35 – Incitação ao Crime 197
1. Introdução 197
2. Classificação doutrinária 198
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 199
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 199
5. Consumação e tentativa 199
6. Elemento subjetivo 199
7. Modalidades comissiva e omissiva 200
8. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 200
9. Destaques 200
9.1. Lei de Segurança Nacional 200
9.2. Código Penal Militar 201
9.3. Genocídio 201
9.4. Preconceito racial 201
9.5. Incitação e concurso de pessoas 202

Capítulo 36 – Apologia de Crime ou Criminoso 203
1. Introdução 203
2. Classificação doutrinária 205
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 206
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 206
5. Consumação e tentativa 206
6. Elemento subjetivo 206
7. Modalidades comissiva e omissiva 206
8. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 206
9. Destaques 207
9.1. Lei de Segurança Nacional 207
9.2. Apologia de mais de um fato criminoso ou de mais de um autor de crime 207

Capítulo 37 – Quadrilha ou Bando 209
1. Introdução 209
2. Classificação doutrinária 210
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 211
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 211
5. Consumação e tentativa 211
6. Elemento subjetivo 211
7. Modalidades comissiva e omissiva 212
8. Modalidade qualificada 212
9. Causa especial de aumento de pena 212
10. Pena, ação penal e suspensão condicional do processo 213
11. Destaques 213
11.1. Inimputáveis como integrantes da quadrilha 213
11.2. Agentes não identificados 214
11.3. Abandono por um integrante da quadrilha depois de formada 214
11.4. Prática de delito pelo grupo, sem o conhecimento de um de seus integrantes 214
11.5. Concurso eventual de pessoas e quadrilha 215
11.6. Concurso de pessoas como qualificadora ou majorante de outro crime 216
11.7. Finalidade de praticar contravenções penais 217
11.8. Associação para o tráfico ilícito de drogas 217
11.9. Organização criminosa 218
11.10. Prisão temporária 219
11.11. Genocídio 219
11.12. Lei de Segurança Nacional 219
11.13. Delação premiada nas Leis nº 7.492, de 16 de junho de 1986 (crimes contra o sistema financeiro nacional), e nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990 (crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo) 220

Capítulo 38 – Dos Crimes contra a Fé Pública 221

Capítulo 39 – Moeda Falsa 225
1. Introdução 225
2. Classificação doutrinária 228
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 228
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 228
5. Consumação e tentativa 228
6. Elemento subjetivo 228

7. Modalidades comissiva e omissiva 229
8. Circulação de moeda falsa 229
9. Modalidade privilegiada 229
10. Modalidade qualificada 230
11. Desvio e circulação antecipada 231
12. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 231
13. Destaques 232
13.1. Falsificação grosseira, sem qualquer capacidade de iludir as pessoas 232
13.2. Moeda que não possui curso legal utilizada pelo agente 232
13.3. Competência para julgamento 233

Capítulo 40 – Crimes Assimilados ao de Moeda Falsa 235
1. Introdução 235
2. Classificação doutrinária 236
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 237
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 237
5. Consumação e tentativa 237
6. Elemento subjetivo 237
7. Modalidades comissiva e omissiva 238
8. Modalidade qualificada 238
9. Pena e ação penal 238

Capítulo 41 – Petrechos para Falsificação de Moeda 239
1. Introdução 239
2. Classificação doutrinária 240
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 240
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 240
5. Consumação e tentativa 241
6. Elemento subjetivo 241
7. Modalidades comissiva e omissiva 242
8. Pena e ação penal 242
9. Destaque 242
9.1. Concurso entre os crimes de moeda falsa e petrechos para falsificação de moeda 242

Capítulo 42 – Emissão de Título ao Portador sem Permissão Legal 243
1. Introdução 243
2. Classificação doutrinária 244
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 244
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 245
5. Consumação e tentativa 245
6. Elemento subjetivo 245
7. Modalidades comissiva e omissiva 246
8. Pena e ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 246

Capítulo 43 – Da Falsidade de Títulos e outros Papéis Públicos 247
1. Introdução 248
2. Classificação doutrinária 252
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 252
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 252
5. Consumação e tentativa 252
6. Elemento subjetivo 253
7. Modalidades comissiva e omissiva 253
8. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 253

Capítulo 44 – Petrechos de Falsificação 255
1. Introdução 255
2. Classificação doutrinária 256
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 256
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 256
5. Consumação e tentativa 257
6. Elemento subjetivo 257
7. Modalidades comissiva e omissiva 257
8. Pena, ação penal e suspensão condicional do processo 257
9. Destaques 257
9.1. Agente que falsifica os papéis 257
9.2. Petrechos de falsificação de selo, fórmula de franqueamento ou vale-postal 258

Capítulo 45 – Falsificação de Selo ou Sinal Público 259
1. Introdução 259
2. Classificação doutrinária 261
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 261
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 262
5. Consumação e tentativa 262
6. Elemento subjetivo 262
7. Modalidades comissiva e omissiva 262
8. Causa especial de aumento de pena 263
9. Pena e ação penal 263

Capítulo 46 – Falsificação de Documento Público 265
1. Introdução 266
2. Classificação doutrinária 271
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 272
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 272
5. Consumação e tentativa 272
6. Elemento subjetivo 272
7. Modalidades comissiva e omissiva 272
8. Causa especial de aumento de pena 273
9. Pena e ação penal 273
10. Destaques 273
    10.1. Uso de documento público falso 273
    10.2. Falsificação de documento público e estelionato 273
    10.3. Fotocópias não autenticadas 274
    10.4. Falsificação de documento público para fins eleitorais 275

Capítulo 47 – Falsificação de Documento Particular 277
1. Introdução 277
2. Classificação doutrinária 278
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 278
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 279
5. Consumação e tentativa 279
6. Elemento subjetivo 279
7. Modalidades comissiva e omissiva 279
8. Pena, ação penal e suspensão condicional do processo 279
9. Destaques 280
    9.1. Uso de documento particular falso 280
    9.2. Falsificação de documento particular e estelionato 280
    9.3. Falsificação de documento particular para fins eleitorais 280
    9.4. Falsificação de documento particular e crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo 280

Capítulo 48 – Falsidade Ideológica 281
1. Introdução 281
2. Classificação doutrinária 283
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 283
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 283
5. Consumação e tentativa 283
6. Elemento subjetivo 283
7. Modalidades comissiva e omissiva 284
8. Causa especial de aumento de pena 284
9. Pena, ação penal e suspensão condicional do processo 284
10. Destaques 285
    10.1. Folha em branco e abuso no seu preenchimento 285
    10.2. Uso do documento ideologicamente falsificado 285
    10.3. Falsidade ideológica de circunstância incompatível com a realidade 286
    10.4. Declaração de nascimento inexistente 286
    10.5. Parto alheio como próprio 286
    10.6. Falsidade ideológica e sonegação fiscal 287
    10.7. Falsidade ideológica e estelionato 287
    10.8. Declaração falsa para efeitos de instrução de pedido de remição 287
    10.9. Falsidade ideológica para fins eleitorais 288
    10.10. Falsidade ideológica e crimes contra o sistema financeiro 288
    10.11. Falsidade ideológica e crimes ambientais 288

Capítulo 49 – Falso Reconhecimento de Firma ou Letra 289
1. Introdução 289
2. Classificação doutrinária 290
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 290
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 290
5. Consumação e tentativa 290
6. Elemento subjetivo 291
7. Modalidades comissiva e omissiva 291

8. Pena, ação penal e suspensão condicional do processo 291
9. Destaque 291
9.1. Falso reconhecimento de firma ou letra com fins eleitorais 291

Capítulo 50 – Certidão ou Atestado Ideologicamente Falso – Falsidade Material de Atestado ou Certidão 293

1. Introdução 293
2. Classificação doutrinária 295
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 296
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 296
5. Consumação e tentativa 296
6. Elemento subjetivo 296
7. Modalidades comissiva e omissiva 297
8. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 297

Capítulo 51 – Falsidade de Atestado Médico 299

1. Introdução 299
2. Classificação doutrinária 300
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 300
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 300
5. Consumação e tentativa 301
6. Elemento subjetivo 301
7. Modalidades comissiva e omissiva 301
8. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 301
9. Destaque 302
9.1. Médico que é funcionário público 302

Capítulo 52 – Reprodução ou Adulteração de Selo ou Peça Filatélica 303

1. Introdução 303
2. Classificação doutrinária 305
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 305
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 306
5. Consumação e tentativa 306
6. Elemento subjetivo 306
7. Modalidades comissiva e omissiva 306
8. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 306
9. Destaque 307
9.1. Guarda de selo falso 307

Capítulo 53 – Uso de Documento Falso 309

1. Introdução 309
2. Classificação doutrinária 309
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 310
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 310
5. Consumação e tentativa 310
6. Elemento subjetivo 310
7. Modalidades comissiva e omissiva 311
8. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 311
9. Destaques 311
9.1. Apresentação do documento pelo agente 311
9.2. Documento que é encontrado em poder do agente 312
9.3. Competência para julgamento do delito de uso de passaporte falso 312
9.4. Falsificação ou alteração do documento e uso pelo próprio agente 312
9.5. Uso de documento falso e estelionato 313
9.6. Usuário que solicita a falsificação do documento 313
9.7. Fotocópia não autenticada 314
9.8. Falsificação grosseira 314
9.9. Uso de documento falso relativo a estabelecimento particular de ensino 314

Capítulo 54 – Supressão de Documento 315

1. Introdução 315
2. Classificação doutrinária 316
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 317
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 317
5. Consumação e tentativa 317
6. Elemento subjetivo 317
7. Modalidades comissiva e omissiva 318
8. Pena, ação penal e suspensão condicional do processo 318

Capítulo 55 – Falsificação do Sinal Empregado no Contraste de Metal Precioso ou na Fiscalização Alfandegária, ou para Outros Fins 319

1. Introdução 319
2. Classificação doutrinária 321
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 321
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 321
5. Consumação e tentativa 321
6. Elemento subjetivo 322
7. Modalidades comissiva e omissiva 322
8. Modalidade privilegiada 322
9. Pena, ação penal e suspensão condicional do processo 323
10. Destaque 323
    10.1. Alternatividade entre reclusão e detenção 323

Capítulo 56 – Falsa Identidade 325

1. Introdução 325
2. Classificação doutrinária 326
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 326
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 327
5. Consumação e tentativa 327
6. Elemento subjetivo 327
7. Modalidades comissiva e omissiva 328
8. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 328
9. Destaques 328
    9.1. Falsa identidade e autodefesa 328
    9.2. Agente que silencia com relação à sua identidade ou não nega a falsa identidade a ele atribuída 331
    9.3. Recusa de dados sobre a própria identidade ou qualificação 331
    9.4. Simulação da qualidade de funcionário público 331
    9.5. Usurpação de função pública 332
    9.6. Uso de documento falso de identidade 332
    9.7. Falsa identidade e furto 332

Capítulo 57 – Uso de Documento de Identidade Alheia 333

1. Introdução 333
2. Classificação doutrinária 335
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 335
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 335
5. Consumação e tentativa 335
6. Elemento subjetivo 336
7. Modalidades comissiva e omissiva 336
8. Pena e ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 336
9. Destaque 337
    9.1. Delito subsidiário 337

Capítulo 58 – Fraude de Lei sobre Estrangeiro 339

1. Introdução 339
2. Classificação doutrinária 340
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 340
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 341
5. Consumação e tentativa 341
6. Elemento subjetivo 341
7. Modalidades comissiva e omissiva 341
8. Modalidade qualificada 342
9. Pena, ação penal e suspensão condicional do processo 342

Capítulo 59 – Falsidade em Prejuízo da Nacionalização de Sociedade 345

1. Introdução 345
2. Classificação doutrinária 346
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 346
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 347
5. Consumação e tentativa 347
6. Elemento subjetivo 347
7. Modalidades comissiva e omissiva 347
8. Pena, ação penal e suspensão condicional do processo 347

Capítulo 60 – Adulteração de Sinal Identificador de Veículo Automotor 349

1. Introdução 349
2. Classificação doutrinária 352
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 352

4. Objeto material e bem juridicamente protegido 352
5. Consumação e tentativa 352
6. Elemento subjetivo 352
7. Modalidades comissiva e omissiva 352
8. Causa especial de aumento de pena 353
9. Contribuição do funcionário público para o licenciamento ou registro do veículo remarcado ou adulterado 353
10. Pena e ação penal 354

Capítulo 61 – Das Fraudes em Certames de Interesse Público 355
1. Introdução 355
2. Classificação doutrinária 360
3. Objeto material e bem juridicamente protegido 360
4. Sujeito ativo e sujeito passivo 361
5. Consumação e tentativa 361
6. Elemento subjetivo 363
7. Modalidades comissiva e omissiva 363
8. Modalidades qualificadas 364
9. Causa especial de aumento de pena 364
10. Pena, ação penal, suspensão condicional do processo 365
11. Destaques 365
    11.1. Funcionário público 365
    11.2. Cola eletrônica 366

Capítulo 62 – Dos Crimes contra a Administração Pública 369
1. Introdução 369
2. Crimes funcionais próprios e crimes funcionais impróprios 370
3. Conceito de funcionário público 371
4. Procedimento previsto para os crimes praticados por funcionário público 373
5. Independência das instâncias administrativa e penal 374
6. Princípio da insignificância e crimes contra a Administração Pública 375
7. Divisão do Título XI da Parte Especial do Código Penal 376

Capítulo 63 – Peculato 377
1. Introdução 377
2. Classificação doutrinária 381
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 381
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 382
5. Consumação e tentativa 382
6. Elemento subjetivo 382
7. Modalidades comissiva e omissiva 382
8. Modalidade culposa 383
9. Extinção da punibilidade 383
10. Causa especial de aumento de pena 384
11. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 384
12. Destaques 385
    12.1. Peculato de uso 385
    12.2. Reparação do dano e peculato doloso 385
    12.3. Consolidação das Leis do Trabalho 385

Capítulo 64 – Peculato Mediante erro de Outrem 387
1. Introdução 387
2. Classificação doutrinária 389
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 389
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 389
5. Consumação e tentativa 389
6. Elemento subjetivo 389
7. Modalidades comissiva e omissiva 390
8. Causa especial de aumento de pena 390
9. Pena, ação penal e suspensão condicional do processo 390

Capítulo 65 – Inserção de Dados Falsos em Sistema de Informações 391
1. Introdução 391
2. Classificação doutrinária 392
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 392
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 393
5. Consumação e tentativa 393
6. Elemento subjetivo 393
7. Modalidades comissiva e omissiva 394
8. Causa especial de aumento de pena 394

9. Pena e ação penal 394
10. Destaque 395
10.1. Crime eleitoral 395

Capítulo 66 – Modificação ou Alteração Não Autorizada de Sistema de Informações 397
1. Introdução 397
2. Classificação doutrinária 398
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 398
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 399
5. Consumação e tentativa 399
6. Elemento subjetivo 399
7. Modalidades comissiva e omissiva 399
8. Causas especiais de aumento de pena 400
9. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 400

Capítulo 67 – Extravio, Sonegação ou Inutilização de Livro ou Documento 401
1. Introdução 401
2. Classificação doutrinária 402
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 402
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 403
5. Consumação e tentativa 403
6. Elemento subjetivo 403
7. Modalidades comissiva e omissiva 403
8. Causa especial de aumento de pena 403
9. Pena, ação penal e suspensão condicional do processo 404
10. Destaque 404
10.1. Inutilização ou sonegação praticada por advogado ou procurador 404

Capítulo 68 – Emprego Irregular de Verbas ou Rendas Públicas 405
1. Introdução 405
2. Classificação doutrinária 407
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 407
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 408
5. Consumação e tentativa 408
6. Elemento subjetivo 408
7. Modalidades comissiva e omissiva 408
8. Causa especial de aumento de pena 409
9. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 409

Capítulo 69 – Concussão 411
1. Introdução 411
2. Classificação doutrinária 413
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 413
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 413
5. Consumação e tentativa 414
6. Elemento subjetivo 414
7. Modalidades comissiva e omissiva 414
8. Excesso de exação 415
9. Modalidade qualificada 417
10. Causa especial de aumento de pena 417
11. Pena e ação penal 418
12. Destaques 418
12.1. Diferença entre concussão e extorsão 418
12.2. Diferença entre concussão e corrupção passiva 419
12.3. Crime funcional contra a ordem tributária 420
12.4. Prisão em flagrante quando da entrega da vantagem indevida 420
12.5. Concussão praticada por jurados 421
12.6. Concussão, excesso de exação, desvio e crime militar 421
12.7. Concussão praticada por médico conveniado ao SUS 422

Capítulo 70 – Corrupção Passiva 423
1. Introdução 423
2. Classificação doutrinária 427
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 427
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 427
5. Consumação e tentativa 427
6. Elemento subjetivo 428
7. Modalidades comissiva e omissiva 428
8. Modalidade privilegiada 428

9. Causas de aumento de pena 429
10. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 429
11. Destaques 430
11.1. Princípio da insignificância 430
11.2. Corrupção passiva praticada por jurados 430
11.3. Corrupção passiva e crime militar 431
11.4. Corrupção passiva desportiva 431

Capítulo 71 – Facilitação de Contrabando ou Descaminho 433
1. Introdução 433
2. Classificação doutrinária 434
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 434
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 434
5. Consumação e tentativa 434
6. Elemento subjetivo 435
7. Modalidades comissiva e omissiva 435
8. Causa especial de aumento de pena 435
9. Pena e ação penal 435
10. Destaque 436
10.1. Competência para julgamento 436

Capítulo 72 – Prevaricação 437
1. Introdução 437
2. Classificação doutrinária 439
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 439
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 439
5. Consumação e tentativa 440
6. Elemento subjetivo 440
7. Modalidades comissiva e omissiva 440
8. Causa especial de aumento de pena 440
9. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 441
10. Destaque 441
10.1. Prevaricação praticada por jurados 441

Capítulo 73 – Omissão de Dever de Vedar ao Preso o Acesso a Aparelho Telefônico, de Rádio ou Similar 443
1. Introdução 443
2. Classificação doutrinária 445
3. Sujeito ativo e Sujeito passivo 445
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 445
5. Consumação e tentativa 446
6. Elemento subjetivo 446
7. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 446
8. Destaques 447
8.1. Diferença entre os crimes de corrupção passiva e omissão de dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar 447
8.2. Falta grave pela posse e utilização ou fornecimento de aparelho telefônico, de rádio ou similar 447
8.3. Ingresso de pessoa portando aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional 448

Capítulo 74 – Condescendência Criminosa 449
1. Introdução 449
2. Classificação doutrinária 451
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 451
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 451
5. Consumação e tentativa 451
6. Elemento subjetivo 451
7. Modalidades comissiva e omissiva 452
8. Causa especial de aumento de pena 452
9. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 452

Capítulo 75 – Advocacia Administrativa 453
1. Introdução 453
2. Classificação doutrinária 454
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 454
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 454
5. Consumação e tentativa 455
6. Elemento subjetivo 455
7. Modalidades comissiva e omissiva 455

8. Modalidade qualificada 455
9. Causa especial de aumento de pena 455
10. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 456
11. Destaques 456
11.1. Advocacia administrativa da Lei de Licitações 456
11.2. Crime contra a ordem tributária 456
11.3. Concurso de crimes 457

Capítulo 76 – Violência Arbitrária 459
1. Introdução 459
2. Classificação doutrinária 461
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 461
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 461
5. Consumação e tentativa 461
6. Elemento subjetivo 462
7. Modalidades comissiva e omissiva 462
8. Causa especial de aumento de pena 462
9. Pena, ação penal e suspensão condicional do processo 462
10. Destaques 463
10.1. Concurso de infrações penais 463
10.2. Absorção da contravenção penal de vias de fato 463

Capítulo 77 – Abandono de Função 465
1. Introdução 465
2. Classificação doutrinária 467
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 467
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 467
5. Consumação e tentativa 467
6. Elemento subjetivo 468
7. Modalidades comissiva e omissiva 468
8. Modalidades qualificadas 468
9. Causa especial de aumento de pena 469
10. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 469
11. Destaque 469
11.1. Abandono de serviço eleitoral 469

Capítulo 78 – Exercício Funcional Ilegalmente Antecipado ou Prolongado 471
1. Introdução 471
2. Classificação doutrinária 472
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 472
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 473
5. Consumação e tentativa 473
6. Elemento subjetivo 473
7. Modalidades comissiva e omissiva 474
8. Causa especial de aumento de pena 474
9. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 474

Capítulo 79 – Violação de Sigilo Funcional 475
1. Introdução 475
2. Classificação doutrinária 477
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 477
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 477
5. Consumação e tentativa 477
6. Elemento subjetivo 477
7. Modalidades comissiva e omissiva 477
8. Modalidade assemelhada 478
9. Modalidade qualificada 478
10. Causa especial de aumento de pena 478
11. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 479
12. Destaques 479
12.1. Lei de Segurança Nacional 479
12.2. Código Penal Militar 479
12.3. Revelação de segredo particular 480
12.4. Revelação das informações sobre as quais dispõe a Lei nº 8.021, de 12 de abril de 1990 480
12.5. Sigilo dos documentos públicos – Lei nº 8.159/91, arts. 22 a 24 (regulamentada pelo Decreto nº 4.553/02, art. 63) 481

Capítulo 80 – Violação do Sigilo de Proposta de Concorrência 483
1. Introdução 483
2. Classificação doutrinária 485

3. Sujeito ativo e sujeito passivo 485
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 485
5. Consumação e tentativa 485
6. Elemento subjetivo 486
7. Modalidades comissiva e omissiva 486
8. Pena e ação penal 486

Capítulo 81 – Usurpação de Função Pública 487
1. Introdução 487
2. Classificação doutrinária 488
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 488
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 488
5. Consumação e tentativa 488
6. Elemento subjetivo 489
7. Modalidades comissiva e omissiva 489
8. Modalidade qualificada 489
9. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 489
10. Destaques 490
    10.1. Agente que é o titular da função, mas que se encontra temporariamente suspenso por decisão judicial 490
    10.2. Agente que finge ser funcionário, sem praticar, efetivamente, qualquer ato 490
    10.3. Código Penal Militar 490
    10.4. Usurpação de função pública e estelionato 491
    10.5. Usurpação de função pública praticada por funcionário público 491

Capítulo 82 – Resistência 493
1. Introdução 493
2. Classificação doutrinária 496
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 496
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 497
5. Consumação e tentativa 497
6. Elemento subjetivo 497
7. Modalidades comissiva e omissiva 497
8. Modalidade qualificada 497
9. Concurso de infrações penais 498
10. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 498
11. Destaques 499
    11.1. Resistência e embriaguez 499
    11.2. Resistência e desacato 499
    11.3. Resistência e desobediência 500
    11.4. Resistência e roubo impróprio 500

Capítulo 83 – Desobediência 501
1. Introdução 501
2. Classificação doutrinária 502
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 502
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 502
5. Consumação e tentativa 502
6. Elemento subjetivo 502
7. Modalidades comissiva e omissiva 503
8. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 503
9. Destaques 503
    9.1. Desobediência a decisão judicial 503
    9.2. Código Penal Militar 503
    9.3. Desobediência praticada por funcionário público – Ministério Público e delegado de polícia 504
    9.4. Desobediência à ordem que implicaria autoincriminação ou em prejuízo para o sujeito 505
    9.5. Indiciado ou acusado que se recusa a comparecer em juízo ou na delegacia de polícia a fim de prestar suas declarações 506
    9.6. Advogado que se recusa a prestar informações sobre fatos que importarão em prejuízo para seu cliente 506
    9.7. Cumulação da sanção penal por desobediência com sanção de natureza administrativa 506
    9.8. Mandado de segurança e crime de desobediência 507

Capítulo 84 – Desacato 509
1. Introdução 509
2. Classificação doutrinária 511
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 511
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 512
5. Consumação e tentativa 512

6. Elemento subjetivo 513
7. Modalidades comissiva e omissiva 513
8. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 513
9. Destaques 514
9.1. Pluralidade de funcionários ofendidos 514
9.2. Embriaguez 514
9.3. Exigência de ânimo calmo e refletido 514
9.4. Desacato praticado por advogado e o § 2º do art. 7º do Estatuto de OAB 515
9.5. Ofensa dirigida a funcionário que não se encontra presente 515
9.6. Indignação e desacato 516
9.7. Código Penal Militar 516

Capítulo 85 – Tráfico de Influência 519
1. Introdução 519
2. Classificação doutrinária 520
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 520
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 521
5. Consumação e tentativa 521
6. Elemento subjetivo 521
7. Modalidades comissiva e omissiva 521
8. Causa especial de aumento de pena 522
9. Pena e ação penal 522
10. Destaques 522
10.1. Tráfico de influência em transação comercial internacional 522
10.2. Exploração de prestígio 522

Capítulo 86 – Corrupção Ativa 523
1. Introdução 523
2. Classificação doutrinária 524
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 525
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 525
5. Consumação e tentativa 525
6. Elemento subjetivo 525
7. Modalidades comissiva e omissiva 526
8. Causa especial de aumento de pena 526
9. Pena e ação penal 526
10. Destaques 526
10.1. Corrupção ativa e crime militar 526
10.2. Corrupção ativa em transação comercial internacional 527
10.3. Oferecimento de vantagem indevida após a prática do ato 527
10.4. Atipicidade no que diz respeito à conduta de dar a vantagem solicitada pelo funcionário público 527
10.5. Oferecimento de pequenos agrados 528
10.6. Corrupção ativa desportiva 528

Capítulo 87 – Contrabando ou Descaminho 531
1. Introdução 531
2. Classificação doutrinária 533
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 533
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 533
5. Consumação e tentativa 533
6. Elemento subjetivo 534
7. Modalidades comissiva e omissiva 535
8. Modalidades assemelhadas de contrabando ou descaminho 535
9. Causa especial de aumento de pena 537
10. Pena, ação penal e suspensão condicional do processo 538
11. Destaques 538
11.1. Competência para julgamento 538
11.2. Princípio da insignificância 538

Capítulo 88 – Impedimento, Perturbação ou Fraude de Concorrência 541
1. Introdução 541

Capítulo 89 – Inutilização de Edital ou de Sinal 543
1. Introdução 543
2. Classificação doutrinária 544
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 544
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 545
5. Consumação e tentativa 545
6. Elemento subjetivo 545
7. Modalidades comissiva e omissiva 546
8. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 546

Capítulo 90 – Subtração ou Inutilização de Livro ou Documento 547
1. Introdução 547
2. Classificação doutrinária 548
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 548
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 548
5. Consumação e tentativa 548
6. Elemento subjetivo 549
7. Modalidades comissiva e omissiva 549
8. Pena e ação penal 549

Capítulo 91 – Sonegação de Contribuição Previdenciária 551
1. Introdução 552
2. Classificação doutrinária 555
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 555
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 555
5. Consumação e tentativa 555
6. Elemento subjetivo 556
7. Modalidades comissiva e omissiva 556
8. Extinção da punibilidade 556
9. Perdão judicial e aplicação da pena de multa 559
10. Causa especial de redução de pena e aplicação da pena de multa 560
11. Pena e ação penal 561
12. Destaque 561
    12.1. Dificuldades financeiras e sonegação de contribuição previdenciária 561

Capítulo 92 – Corrupção Ativa em Transação Comercial Internacional 563
1. Introdução 563
2. Classificação doutrinária 566
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 566
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 567
5. Consumação e tentativa 567
6. Elemento subjetivo 567
7. Modalidades comissiva e omissiva 568
8. Causa especial de aumento de pena 568
9. Pena, ação penal e suspensão condicional do processo 568

Capítulo 93 – Tráfico de Influência em Transação Comercial Internacional 569
1. Introdução 569
2. Classificação doutrinária 571
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 571
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 571
5. Consumação e tentativa 571
6. Elemento subjetivo 572
7. Modalidades comissiva e omissiva 572
8. Causa especial de aumento de pena 572
9. Pena e ação penal 572

Capítulo 94 – Reingresso de Estrangeiro Expulso 573
1. Introdução 573
2. Classificação doutrinária 574
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 574
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 574
5. Consumação e tentativa 575
6. Elemento subjetivo 575
7. Modalidades comissiva e omissiva 575
8. Pena, ação penal e suspensão condicional do processo 575
9. Destaque 575
    9.1. Competência da Justiça Federal 576

Capítulo 95 – Denunciação Caluniosa 577
1. Introdução 577
2. Classificação doutrinária 580
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 581
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 581
5. Consumação e tentativa 581
6. Elemento subjetivo 581
7. Modalidades comissiva e omissiva 582
8. Causa especial de aumento de pena 582
9. Causa especial de diminuição de pena 582
10. Pena e ação penal 582
11. Destaques 582

11.1. Autodefesa em inquérito ou processo judicial 582
11.2. Dolo subsequente e denunciação caluniosa 583
11.3. Denunciação de crime cuja punibilidade já se encontrava extinta 583

Capítulo 96 – Comunicação Falsa de Crime ou de Contravenção 585

1. Introdução 585
2. Classificação doutrinária 586
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 586
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 587
5. Consumação e tentativa 587
6. Elemento subjetivo 587
7. Modalidades comissiva e omissiva 587
8. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 587
9. Destaque 588
   9.1. Comunicação falsa de crime com a finalidade de fraudar o seguro 588

Capítulo 97 – Autoacusação Falsa 589

1. Introdução 589
2. Classificação doutrinária 590
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 590
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 590
5. Consumação e tentativa 591
6. Elemento subjetivo 591
7. Modalidades comissiva e omissiva 591
8. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 591

Capítulo 98 – Falso Testemunho ou Falsa Perícia 593

1. Introdução 593
2. Classificação doutrinária 596
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 596
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 596
5. Consumação e tentativa 596
6. Elemento subjetivo 597
7. Modalidades comissiva e omissiva 597
8. Causa especial de aumento de pena 597
9. Retratação 599
10. Pena, ação penal e suspensão condicional do processo 600
11. Destaques 600
    11.1. Compromisso de dizer a verdade 600
    11.2. Vítima que presta depoimento falso 602
    11.3. Falso testemunho em Comissão Parlamentar de Inquérito 603
    11.4. Concurso de pessoas no crime de falso testemunho 603
    11.5. Retratação no júri 605
    11.6. Prisão em flagrante no crime de falso testemunho 605
    11.7. Falso testemunho e início da ação penal 606

Capítulo 99 – Corrupção Ativa de Testemunha, Perito, Contador, Tradutor ou Intérprete 607

1. Introdução 607
2. Classificação doutrinária 608
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 608
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 608
5. Consumação e tentativa 609
6. Elemento subjetivo 609
7. Modalidades comissiva e omissiva 609
8. Causa de aumento de pena 609
9. Pena e ação penal 610
10. Destaques 610
    10.1. Perito, contador, tradutor ou intérprete oficial 610
    10.2. Retratação 610

Capítulo 100 – Coação no Curso do Processo 611

1. Introdução 611
2. Classificação doutrinária 612
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 612
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 613
5. Consumação e tentativa 613
6. Elemento subjetivo 613
7. Modalidades comissiva e omissiva 613
8. Concurso de crimes 614
9. Pena, ação penal e suspensão condicional do processo 614

Capítulo 101 – Exercício Arbitrário das Próprias Razões 615
1. Introdução 615
2. Classificação doutrinária 617
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 617
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 617
5. Consumação e tentativa 617
6. Elemento subjetivo 617
7. Modalidades comissiva e omissiva 618
8. Concurso de crimes 618
9. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 618

Capítulo 102 – Subtração ou Dano de Coisa Própria em Poder de Terceiro 619
1. Introdução 619
2. Classificação doutrinária 620
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 620
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 620
5. Consumação e tentativa 620
6. Elemento subjetivo 620
7. Modalidades comissiva e omissiva 621
8. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 621

Capítulo 103 – Fraude Processual 623
1. Introdução 623
2. Classificação doutrinária 624
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 624
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 625
5. Consumação e tentativa 625
6. Elemento subjetivo 625
7. Modalidades comissiva e omissiva 625
8. Causa especial de aumento de pena 625
9. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 626
10. Destaques 626
    10.1. Natureza subsidiária do crime de fraude processual 626
    10.2. Direito à autodefesa 627
    10.3. Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997) 627
    10.4. Estatuto de Desarmamento (Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003) 627

Capítulo 104 – Favorecimento Pessoal 629
1. Introdução 629
2. Classificação doutrinária 631
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 631
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 631
5. Consumação e tentativa 631
6. Elemento subjetivo 631
7. Modalidades comissiva e omissiva 631
8. Modalidade privilegiada 632
9. Inexigibilidade de conduta diversa 632
10. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 633
11. Destaques 633
    11.1. Diferença entre favorecimento pessoal e participação no crime 633
    11.2. Possibilidade de analogia *in bonam partem* no § 2º do art. 348 do Código Penal 634

Capítulo 105 – Favorecimento Real 635
1. Introdução 635
2. Classificação doutrinária 636
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 636
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 637
5. Consumação e tentativa 637
6. Elemento subjetivo 637
7. Modalidades comissiva e omissiva 637
8. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 637
9. Destaque 638
    9.1. Alegação de inexigibilidade de conduta diversa por parentes próximos 638

Capítulo 106 – Ingresso, Promoção, Intermediação, Auxilio ou Facilitação de Entrada de Aparelho Telefônico de Comunicação Móvel, de Rádio ou Similar, sem Autorização Legal, em Estabelecimento Prisional 639

1. Introdução 639
2. Classificação doutrinária 641
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 642
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 642
5. Consumação e tentativa 642
6. Elemento subjetivo 643
7. Modalidades comissiva e omissiva 643
8. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 644
9. Destaques 644
   - 9.1. Falta grave 644
   - 9.2. Concurso de pessoas 644
   - 9.3. Omissão de dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar 645

Capítulo 107 – Exercício Arbitrário ou Abuso de Poder 647

1. Introdução 647

Capítulo 108 – Fuga de Pessoa Presa ou Submetida a Medida de Segurança 649

1. Introdução 649
2. Classificação doutrinária 651
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 651
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 651
5. Consumação e tentativa 652
6. Elemento subjetivo 652
7. Modalidades comissiva e omissiva 652
8. Modalidades qualificadas 652
9. Modalidade culposa 653
10. Concurso de crimes 653
11. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 654
12. Destaque 654
    - 12.1. Código Penal Militar 654

Capítulo 109 – Evasão Mediante Violência Contra Pessoa 657

1. Introdução 657
2. Classificação doutrinária 658
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 658
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 658
5. Consumação e tentativa 659
6. Elemento subjetivo 659
7. Modalidades comissiva e omissiva 659
8. Concurso de crimes 659
9. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 660
10. Destaque 660
    - 10.1. Código Penal Militar 660

Capítulo 110 – Arrebatamento de Preso 661

1. Introdução 661
2. Classificação doutrinária 662
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 662
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 662
5. Consumação e tentativa 662
6. Elemento subjetivo 663
7. Modalidades comissiva e omissiva 663
8. Concurso de crimes 663
9. Pena, ação penal e suspensão condicional do processo 663

Capítulo 111 – Motim de Presos 665

1. Introdução 665
2. Classificação doutrinária 666
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 666
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 667
5. Consumação e tentativa 667
6. Elemento subjetivo 667
7. Modalidades comissiva e omissiva 667
8. Concurso de crimes 667

9. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 667
10. Destaque 668
10.1. Falta grave 668

Capítulo 112 – Patrocínio Infiel 669
1. Introdução 669
2. Classificação doutrinária 671
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 671
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 671
5. Consumação e tentativa 671
6. Elemento subjetivo 671
7. Modalidades comissiva e omissiva 672
8. Patrocínio simultâneo ou tergiversação 672
9. Pena, ação penal e suspensão condicional do processo 672

Capítulo 113 – Sonegação de Papel ou Objeto de Valor Probatório 673
1. Introdução 673
2. Classificação doutrinária 674
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 674
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 674
5. Consumação e tentativa 675
6. Elemento subjetivo 675
7. Modalidades comissiva e omissiva 675
8. Pena, ação penal e suspensão condicional do processo 676

Capítulo 114 – Exploração de Prestígio 677
1. Introdução 677
2. Classificação doutrinária 678
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 678
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 678
5. Consumação e tentativa 678
6. Elemento subjetivo 679
7. Modalidades comissiva e omissiva 679
8. Causa especial de aumento de pena 679
9. Pena, ação penal e suspensão condicional do processo 679

Capítulo 115 – Violência ou Fraude em Arrematação Judicial 681
1. Introdução 681
2. Classificação doutrinária 682
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 682
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 682
5. Consumação e tentativa 682
6. Elemento subjetivo 683
7. Modalidades comissiva e omissiva 683
8. Concurso de crimes 683
9. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 683

Capítulo 116 – Desobediência à Decisão Judicial sobre Perda ou Suspensão de Direito 685
1. Introdução 685
2. Classificação doutrinária 686
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 686
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 686
5. Consumação e tentativa 686
6. Elemento subjetivo 687
7. Modalidades comissiva e omissiva 687
8. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 687
9. Destaque 687
9.1. Crime de trânsito 687

Capítulo 117 – Contratação de Operação de Crédito 689
1. Introdução 689
2. Classificação doutrinária 691
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 691
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 692
5. Consumação e tentativa 692
6. Elemento subjetivo 692
7. Modalidades comissiva e omissiva 692
8. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 692

9. Destaques 693
9.1. Crime de responsabilidade do Presidente da República 693
9.2. Crime de responsabilidade do prefeito municipal 693

Capítulo 118 – Inscrição de Despesas não Empenhadas em Restos a Pagar 695
1. Introdução 695
2. Classificação doutrinária 696
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 696
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 696
5. Consumação e tentativa 697
6. Elemento subjetivo 697
7. Modalidades comissiva e omissiva 697
8. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 697

Capítulo 119 – Assunção de Obrigação no Último Ano do Mandato ou Legislatura 699
1. Introdução 699
2. Classificação doutrinária 700
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 700
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 700
5. Consumação e tentativa 701
6. Elemento subjetivo 701
7. Modalidades comissiva e omissiva 701
8. Pena, ação penal e suspensão condicional do processo 701

Capítulo 120 – Ordenação de Despesa não Autorizada 703
1. Introdução 703
2. Classificação doutrinária 705
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 705
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 705
5. Consumação e tentativa 706
6. Elemento subjetivo 706
7. Modalidades comissiva e omissiva 706
8. Pena, ação penal e suspensão condicional do processo 706

Capítulo 121 – Prestação de Garantia Graciosa 707
1. Introdução 707
2. Classificação doutrinária 709
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 709
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 709
5. Consumação e tentativa 710
6. Elemento subjetivo 710
7. Modalidades comissiva e omissiva 710
8. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 710

Capítulo 122 – Não Cancelamento de Restos A Pagar 711
1. Introdução 711
2. Classificação doutrinária 712
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 712
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 712
5. Consumação e tentativa 712
6. Elemento subjetivo 713
7. Modalidade comissiva 713
8. Pena, ação penal, competência para julgamento e suspensão condicional do processo 713

Capítulo 123 – Aumento de Despesa Total com Pessoal no Último Ano do Mandato ou Legislatura 715
1. Introdução 715
2. Classificação doutrinária 716
3. Sujeito ativo e sujeito passivo 716
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 716
5. Consumação e tentativa 717
6. Elemento subjetivo 717
7. Modalidades comissiva e omissiva 717
8. Pena, ação penal e suspensão condicional do processo 717

Capítulo 124 – Oferta Pública ou Colocação de Títulos no Mercado 719
1. Introdução 719
2. Classificação doutrinária 720

3. Sujeito ativo e sujeito passivo 720
4. Objeto material e bem juridicamente protegido 720
5. Consumação e tentativa 720
6. Elemento subjetivo 720
7. Modalidades comissiva e omissiva 721
8. Pena, ação penal e suspensão condicional do processo 721

Capítulo 125 – Disposições Finais 723

Referências 725

Índice Remissivo 729

Capítulo 1

Dos Crimes contra a Incolumidade Pública

O Título VIII da Parte Especial do Código Penal cuida dos chamados crimes contra a incolumidade pública.

Incolumidade, conforme as lições de Hungria,

> "é o estado de preservação ou segurança em face de possíveis eventos lesivos. Refere-se tanto a pessoas (*incolumitas* – definia Cícero – *est salutis tuta atque integra conservatio*), quanto a coisas (foi mesmo por extensão que o termo se aplicou também a pessoas)".

E continua o renomado autor:

> "Em qualquer caso, porém, trata-se de interesse atinente às pessoas, que devem estar resguardadas da possibilidade de dano não só quanto à sua vida ou integridade física, como quanto ao seu patrimônio".[1]

De acordo com essa visão de incolumidade pública, foram inseridos três capítulos no mencionado Título VIII, que dizem respeito aos *crimes de perigo comum* (Capítulo I), *crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços públicos* (Capítulo II) e *crimes contra a saúde pública* (Capítulo III).

No Capítulo correspondente aos crimes de perigo comum foram previstos os delitos de *incêndio* (art. 250), *explosão* (art. 251), *uso de gás tóxico ou asfixiante* (art. 252), *fabrico, fornecimento, aquisição, posse ou transporte de explosivos ou gás tóxico, ou asfixiante* (art. 253), *inundação* (art. 254), *perigo de inundação* (art. 255), *desabamento ou desmoronamento* (art. 256), *subtração, ocultação ou inutilização de material de salvamento* (art. 257), *difusão de doença ou praga* (art. 259).

No Capítulo II, relativo aos crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços públicos, foram inseridos os crimes

1 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 9.

de *perigo de desastre ferroviário* (art. 260,) *desastre ferroviário* (art. 260, § 1º), *atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo* (art. 261), *sinistro em transporte marítimo, fluvial ou aéreo* (art. 261, § 1º), *atentado contra a segurança de outro meio de transporte* (art. 262), *arremesso de projétil* (art. 264), *atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública* (art. 265), *interrupção ou perturbação de serviço telegráfico ou telefônico* (art. 266).

Por último, no Capítulo III, relativo aos crimes contra a saúde pública, temos os crimes de *epidemia* (art. 267), *infração de medida sanitária preventiva* (art. 268), *omissão de notificação de doença* (art. 269), *envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal* (art. 270), *corrupção ou poluição de água potável* (art. 271), *falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produtos alimentícios* (art. 272), *falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais* (art. 273), *emprego de processo proibido ou de substância não permitida* (art. 274), *invólucro ou recipiente com falsa indicação* (art. 275), *produto ou substância nas condições dos dois artigos anteriores* (art. 276), *substância destinada à falsificação* (art. 277), *outras substâncias nocivas à saúde pública* (art. 278), *medicamento em desacordo com receita médica* (art. 280), *exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica* (art. 282), *charlatanismo* (art. 283), *curandeirismo* (art. 284).

A seguir, faremos a análise individualizada de cada infração penal, atendendo à ordem proposta pelo diploma repressivo.

CAPÍTULO 2
INCÊNDIO

Incêndio

Art. 250. Causar incêndio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Aumento de pena

§ 1º As penas aumentam-se de um terço:

I – se o crime é cometido com intuito de obter vantagem pecuniária em proveito próprio ou alheio;

II – se o incêndio é:

a) em casa habitada ou destinada a habitação;

b) em edifício público ou destinado a uso público ou a obra de assistência social ou de cultura;

c) em embarcação, aeronave, comboio ou veículo de transporte coletivo;

d) em estação ferroviária ou aeródromo;

e) em estaleiro, fábrica ou oficina;

f) em depósito de explosivo, combustível ou inflamável;

g) em poço petrolífero ou galeria de mineração;

h) em lavoura, pastagem, mata ou floresta.

Incêndio culposo

§ 2º Se culposo o incêndio, a pena é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

1. INTRODUÇÃO

O crime de incêndio encontra-se inserido no capítulo correspondente aos crimes de perigo comum (Capítulo I) que, por sua vez, se encontra previsto no Título VIII do Código Penal, que diz respeito aos crimes contra a incolumidade pública.

Por intermédio da expressão contida no mencionado capítulo – crimes de perigo comum – devemos concluir que, para efeitos de configuração do delito tipificado no art. 250 do Código Penal, o incêndio deverá expor a perigo a vida ou a integridade física ou o patrimônio de um número indeterminado de pessoas, pois, caso contrário, poderá o comportamento se amoldar à figura do art. 132 do mesmo diploma repressivo, que prevê o delito de *perigo para a vida ou saúde de outrem.*

De acordo com a redação típica, o delito tipificado no art. 250 do Código Penal possui os seguintes elementos: a) a conduta de causar incêndio; b) expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem.

O núcleo *causar* é utilizado no sentido de produzir, ocasionar, provocar, enfim, dirigir finalisticamente a conduta fazendo com que ocorra o incêndio. Dissertando sobre o conceito de incêndio, assevera Noronha:

> "Incêndio não é qualquer fogo, mas tão só o que acarreta risco para pessoas ou coisas. É mister, pois, que o objeto incendiado seja tal que exponha a perigo o bem tutelado. Ainda: necessário é que esteja situado em lugar no qual o incêndio seja perigoso, isto é, provoque aquele perigo. Consequentemente, a queima de duas ou três folhas de papel num quintal, ou o incêndio de casa sita em lugar ermo e despovoado não caracteriza o delito, pois não acarretam perigo.
>
> Pode haver incêndio, sem chamas devoradoras e ardentes, bastando a continuidade da combustão. Há mesmo coisas que ardem sem flamas indiscretas, como, por exemplo, uma turfeira".[1]

Além da eclosão do incêndio causado pelo agente, para que ocorra o delito em estudo haverá necessidade de ser demonstrado que tal situação trouxe perigo concreto para a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, não sendo admitido, outrossim, o raciocínio correspondente aos delitos de perigo abstrato, cuja situação de perigo é tão somente presumida, bastando a prática do comportamento previsto pelo tipo penal.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso e culposo (pois o § 2º do art. 250 do Código Penal previu, expressamente, a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto; de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

1 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 3, p. 322.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Crime comum, o delito de *incêndio* pode ser praticado por qualquer pessoa, até mesmo pelo proprietário da coisa contra a qual é dirigida a conduta.

Sujeito passivo é a sociedade, bem como as pessoas que tiveram sua vida, sua integridade física ou, mesmo, seu patrimônio exposto a perigo. Não há necessidade, para efeitos de reconhecimento do delito, que se aponte nominalmente as pessoas que se encontraram, por exemplo, diante dessa situação de perigo, bastando que se conclua que, efetivamente, a conduta do agente trouxe perigo para a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, sendo considerado, outrossim, um crime vago.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

O tipo penal que prevê o delito de incêndio visa proteger a chamada incolumidade pública, sendo este, portanto, o bem juridicamente protegido.

O objeto material, segundo Guilherme de Souza Nucci, "é a substância ou objeto incendiado".[2]

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Tratando-se de um delito de perigo concreto, a infração tipificada no art. 250 do Código Penal se consumará quando o incêndio provocado pelo agente vier, efetivamente, expor a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, situação que deverá ser demonstrada no caso concreto.

Tendo em vista sua natureza plurissubsistente, será possível o reconhecimento da tentativa, na hipótese, por exemplo, em que o agente, após derramar 50 litros de combustível no interior de um teatro, onde estava sendo encenada uma peça, é surpreendido no momento em que, após riscar um palito de fósforo, ia arremessá-lo em direção à substância inflamável.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo *caput* do art. 250 do Código Penal. Assim, a conduta do agente deve ser dirigida finalisticamente a causar incêndio, sendo conhecedor de que, com a sua ocorrência, exporá a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem. Com isso, estamos querendo afirmar que o agente, no momento em que causa o incêndio, deve saber que o seu comportamento traz perigo à vida, à integridade física ou, mesmo, ao patrimônio de outrem, pois, caso contrário, o fato poderá ser atípico. Assim, imagine-se a hipótese em que o agente, deprimido porque acreditava que todos os seus amigos haviam se esquecido da data de seu aniversário, supondo estar sozinho em sua fazenda, vai até o celeiro e coloca fogo naquele imóvel.

2 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 866.

Logo em seguida ao início do incêndio, começa a escutar gritos de socorro, haja vista que seus amigos haviam combinado uma festa surpresa e estavam, justamente, escondidos naquele local, sendo que, em virtude da conduta praticada pelo agente, a vida deles foi exposta a perigo. Nesse caso, podemos afirmar pela atipicidade do comportamento, uma vez que não lhe era possível ter o conhecimento de que com o seu comportamento traria perigo para a vida ou, mesmo, para a integridade física de seus amigos.

Não poderá o agente, ainda, valer-se do incêndio para, por exemplo, matar alguém, pois, nesse caso, deverá responder pelo delito de homicídio, tentado ou consumado, conforme veremos no item correspondente aos destaques.

7. MODALIDADE CULPOSA

Atendendo à regra contida no parágrafo único do art. 18 do Código Penal, determina o § 2º do art. 250 do mesmo diploma legal que, se o incêndio for culposo, a pena será de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Assim, poderá o agente ter causado o incêndio em virtude de ter deixado de observar o seu necessário dever objetivo de cuidado, a exemplo daquele que, no interior de um cinema, após ter sido descoberto pelo "lanterninha", tentou livrar-se do cigarro que estava fumando, arremessando-o, ainda aceso, para longe, vindo a cair em local onde se encontravam materiais combustíveis, fazendo eclodir o incêndio.

8. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo causar pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, poderá ser praticado via omissão imprópria quando o agente garantidor, devendo e podendo agir, nada fizer para evitar a eclosão do incêndio, como na hipótese daquele que, percebendo um pequeno foco de incêndio na empresa pela qual havia sido contratado para cuidar da área de segurança, podendo, dolosamente, nada faz para impedir que o fogo se propague, acabando por culminar em um incêndio de grandes proporções, causando perigo para a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem.

9. CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO DE PENA

O § 1º do art. 250 do Código Penal prevê duas situações que implicam maior juízo de censura sobre a conduta praticada pelo agente, aumentando em um terço a pena cominada em seu *caput*, nas seguintes hipóteses:

> I – se o crime é cometido com intuito de obter vantagem pecuniária em proveito próprio ou alheio;
>
> II – se o incêndio é:
>
> a) em casa habitada ou destinada a habitação;
>
> b) em edifício público ou destinado a uso público ou a obra de assistência social ou de cultura;
>
> c) em embarcação, aeronave, comboio ou veículo de transporte coletivo;
>
> d) em estação ferroviária ou aeródromo;
>
> e) em estaleiro, fábrica ou oficina;
>
> f) em depósito de explosivo, combustível ou inflamável;
>
> g) em poço petrolífero ou galeria de mineração;
>
> h) em lavoura, pastagem, mata ou floresta.

Inicialmente, vale frisar que as referidas causas de aumento de pena somente se aplicam ao *caput* do art. 250 do Código Penal, não se destinando, outrossim, à modalidade culposa de incêndio, prevista no § 2º do citado artigo.

A primeira causa especial de aumento de pena diz respeito ao fato de ter o agente provocado o incêndio visando obter alguma vantagem pecuniária em proveito próprio ou alheio. Assim, majora-se a pena em virtude da finalidade com que atuou o sujeito. Hungria, dissertando sobre o tema, esclarece:

> "Explica-se a agravação da pena: a *auri sacra fames*, como motivo determinante, revela o supino egoísmo e maior perversidade do incendiário. A procurada vantagem, conforme declara o texto legal, há de ser *pecuniária*, isto é, tão somente *lucro de dinheiro*, não sendo necessário que o agente a obtenha efetivamente. Cumpre que a vantagem seja visada como consequência do incêndio em si mesmo, e não como *preço* do crime. Assim, não é abrangida a ajustada paga do agente-mandatário (em tal caso ocorrerá a agravante genérica do *motivo torpe*). [...]".[3]

Posicionando-se contrariamente à impossibilidade levantada por Hungria no que diz respeito ao reconhecimento do delito quando houvesse a paga para que o agente viesse a causar o incêndio, Guilherme de Souza Nucci afirma, com precisão:

> "O objetivo da elevação da pena é o ânimo de lucro, algo que pode ocorrer tanto no caso de paga quanto no de promessa de recompensa, pois há, por parte do agente, 'intuito de obter vantagem pecuniária'. Aliás, se ele receber a vantagem ou não, o crime comporta o agravamento da pena do mesmo modo, razão pela qual não há de se negar que o recebimento anterior não afasta o 'intuito de lucro' que move o incendiário".[4]

3 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 28.

4 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 867.

A segunda majorante incidirá em virtude do objeto material contra o qual é dirigida a conduta do agente. Aqui, da mesma forma que na situação anterior, existe maior reprovabilidade no comportamento que é dirigido contra os objetos elencados pelo inciso II do § 1º do art. 250 do Código Penal, a saber: *casa habitada* (a que se encontra servindo de moradia, seja ela permanente, temporária ou, mesmo, intermitente); *casa destinada a habitação* (a que, embora não se encontrando habitada, possui finalidade de moradia); *edifício público* (aquele percentente à União, ao Estado, ao Município ou ao Distrito Federal); *edifício destinado a uso público* (a exemplo dos teatros, cinemas, prédios comerciais etc.); *edifício destinado a obra de assistência social ou de cultura* (como os hospitais, asilos, museus, creches etc.); *embarcação, aeronave, comboio ou veículo de transporte coletivo* (navios, barcos, aviões, helicóptero, trens, ônibus etc., mesmo que no momento do incêndio não estejam ocupados por pessoas); *estação ferroviária ou aeródromo* (respectivamente, que importe em transporte sobre trilhos, e o campo de aviação, isto é, o aeroporto, destinado ao pouso e à decolagem de aeronaves. Cezar Roberto Bitencourt aduz que "aqui se incluem as construções portuárias e as estações rodoviárias,"[5] posição com a qual não concordamos, haja vista o princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta,* que proíbe o recurso da chamada analogia *in malam partem*); *estaleiro* (lugar destinado à construção ou conserto de navios); *fábrica* (estabelecimento com fins industriais); *oficina* (estabelecimento onde várias pessoas fazem trabalhos manuais, como as oficinas mecânicas); *depósito de explosivo, combustível ou inflamável* (segundo Hungria, "a razão da majorante é, em tal caso, a maior violência e difusibilidade do perigo comum. *Explosivo* é todo material capaz de produzir, pela ignição fulminante e brusca decomposição, uma irrefragável e expansiva desintegração de coisas adjacentes. Pode ser *detonante* [***dinamitee congeners***, explosivos à base de ar líquido etc.] ou *deflagrante* [pólvora negra ou pícrica, algodão-pólvora, balistite, cordite etc.]. *Inflamável* é toda substância [sólida, líquida ou gasosa] que, por sua natureza ou composição, tem a propriedade de fácil ignição e violenta formação de chamas, embora sem explodir [exemplo: petróleo e outros óleos minerais, álcool, cânfora, celuloide etc.]. *Combustível* é todo corpo que, embora sem a propriedade de imediata inflamação, se destina especialmente a alimentar o fogo [exemplos: carvão mineral ou vegetal, lenha, palha etc.]");[6] *poço petrolífero* (lugar de extração de petróleo); *galeria de mineração* (de onde se extraem os minérios); *lavoura* (terreno lavrado ou cultivado); *pastagem* (terreno onde se pastoreiam os animais); *mata* (terreno onde se encontram e se desenvolvem árvores silvestres); e *floresta* (terreno onde existe uma formação densa de árvores, onde as copas destas se tocam, havendo um espaço mínimo entre elas).

5 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 4, p. 170.
6 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 31.

10. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

O preceito secundário contido no *caput* do art. 250 do Código Penal comina uma pena de reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

As penas aumentam-se de um terço nas hipóteses previstas pelo § 1º do mencionado artigo.

Para o incêndio de natureza culposa foi cominada uma pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Determina o art. 258 do Código Penal que *se do crime doloso de perigo comum resulta lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade é aumentada de metade; se resulta morte, é aplicada em dobro. No caso de culpa, se do fato resulta lesão corporal, a pena aumenta-se de metade; se resulta morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço.*

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito de incêndio culposo, em virtude da pena máxima cominada em abstrato, que não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível, também, no incêndio culposo, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

11. DESTAQUES

11.1. Provocar incêndio em imóvel afastado da cidade

Para que ocorra o delito tipificado no art. 250 do Código Penal, é preciso que o incêndio causado pelo agente exponha a perigo a vida ou a integridade física ou o patrimônio de um número indeterminado de pessoas. Assim, se o imóvel sobre o qual se dirigiu a conduta incendiária do agente ficava situado em local afastado de outras construções e pessoas, o fato poderá se configurar no delito de dano se com o incêndio não houve a criação de um *perigo comum*, tal como orienta o capítulo no qual a figura típica em estudo se encontra inserida.

O agente poderá, dependendo da hipótese concreta, responder pelo delito de dano qualificado pelo emprego de substância inflamável ou explosiva se o fato, como ressalva o inciso II do parágrafo único do art. 163 do Código Penal, não constitui crime mais grave.

11.2. Incêndio com a finalidade de causar a morte da vítima

Pode ocorrer a hipótese, ainda, em que o agente faça eclodir um incêndio com o fim específico de causar a morte da vítima. Nesse caso, deverá responder pelo delito de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, III), tentado ou consumado,

bem como pelo delito tipificado no art. 250 do Código Penal, se o incêndio por ele produzido expôs a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de um número indeterminado de pessoas.

Nesse caso, será aplicada a regra do concurso formal impróprio, devendo o agente responder pela sua conduta única, produtora de dois resultados, levando-se a efeito o cúmulo material de penas.

11.3. Incêndio e dano qualificado pelo emprego de substância inflamável (art. 163, parágrafo único, II)

Imagine-se a hipótese em que o agente atue finalisticamente no sentido de produzir dano a um imóvel pertencente à vítima, valendo-se, para tanto, de uma substância inflamável. O fato por ele pretendido acaba assumindo proporções maiores e expondo a perigo um número indeterminado de pessoas. Nesse caso, deveria responder o agente pelo delito de dano qualificado pela utilização de substância inflamável? A resposta deverá ser negativa, haja vista que o próprio inciso II do parágrafo único do art. 163 do Código Penal ressalvou que ocorreria o dano qualificado se o fato não consistisse em crime mais grave.

No caso *sub examen*, somente poderíamos cogitar do delito de dano se não houvesse uma criação de perigo comum, levada a efeito pelo agente. Deverá, portanto, responder pelo delito de incêndio, devendo ser observada, ainda, a aplicação de uma das majorantes elencadas pelo § 1º do art. 250 do Código Penal.

11.4. Incêndio e estelionato praticado para recebimento de indenização ou valor de seguro

Não é incomum a hipótese em que o agente destrói seu próprio patrimônio com o fim de fraudar o seguro. Se para tanto vier, por exemplo, a incendiar o seu imóvel a fim de conseguir o valor correspondente ao seguro por ele realizado, deverá ser responsabilizado pelo delito previsto no art. 171, § 2º, V, do Código Penal? Existe controvérsia doutrinária, *in casu*, sobre a possibilidade de concurso de crimes, vale dizer, entre os delitos de estelionato qualificado e incêndio.

Guilherme de Souza Nucci, a nosso ver com razão, assevera:

> "Parece-nos perfeitamente admissível a possibilidade de haver concurso entre o delito do art. 250, que protege a incolumidade pública, exigindo um incêndio (fogo de grandes proporções) colocando em risco a vida ou a integridade física de pessoas, bem como o patrimônio alheio, com o crime do art. 171, § 2º, V (modalidade de estelionato que prevê a destruição de coisa própria para obter o valor do seguro), que protege o patrimônio da seguradora. No primero caso, gerou-se perigo comum a inúmeras pessoas, enquanto na segunda situação há o dano ao patrimônio individualizado de uma empresa. Não são incompatíveis as duas ocorrências, nem há *bis in idem*. É certo que, se o ânimo de lucro já foi utilizado para tipificar o crime do art. 171, § 2º, V, cremos que o incêndio deve ser punido na modalidade simples".[7]

11.5. Incêndio provocado por motivação política

Se o incêndio for provocado por *inconformismo político* ou para a *obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas*, terá aplicação, levando-se em consideração o princípio da especialidade, o art. 20 da Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/83), que diz, *verbis:*

> **Art. 20.** Devastar, saquear, extorquir, roubar, sequestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas:
> Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

11.6. Incêndio e crime ambiental

De acordo com o art. 41 da Lei nº 9.605/98, constitui crime ambiental, punido com pena de reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, *provocar incêndio em mata ou floresta.*

Qual seria, portanto, a diferença entre o mencionado crime ambiental e o crime de incêndio praticado em mata ou floresta, previsto pelo inciso II do § 1º do art. 250 do Código Penal?

A diferença fundamental reside no fato de que, no delito ambiental, a proteção levada a efeito pelo tipo penal do art. 41 da Lei nº 9.605/98 diz respeito ao meio ambiente, aqui considerado como a mata ou a floresta; já na infração penal constante do art. 250 do Código Penal, embora o objeto material seja a mata ou floresta, a norma constante no mencionado artigo tutela a incolumidade pública, almejando por meio do tipo penal em estudo, evitar que seja exposta a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem.

11.7. Exame pericial

Será necessária a realização do exame pericial para efeitos de caracterização do delito de incêndio, haja vista que o art. 173 do Código de Processo Penal determina, *verbis:*

7 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 867.

Art. 173. No caso de incêndio, os peritos verificarão a causa e o lugar em que houver começado, o perigo que dele tiver resultado para a vida ou para o patrimônio alheio, a extensão do dano e o seu valor e as demais circunstâncias que interessarem à elucidação do fato.

Ressalta Cezar Roberto Bitencourt:

> "A falta ou insuficiência de prova direta da ação de atear fogo impede, a nosso juízo, a reprovação penal, mesmo que os indícios levem à certeza quanto à autoria. Para a caracterização do crime de incêndio é indispensável demonstração segura de que a vida, a integridade física ou o patrimônio de terceiros tenham sido colocados em perigo."[8]

Nesse sentido, é o entendimento jurisprudencial:

> "A lei processual penal exige para a prova da existência do crime, nos casos em que deixam vestígio, que se realize perícia.
>
> A necessidade de realização de perícia nos crimes que deixam vestígio não é resquício do sistema inquisitório, nem do sistema das provas legais, em que as provas eram tarifadas, pelo contrário, é corolário do princípio dispositivo regente do sistema acusatório consagrado no Estado Democrático de Direito, em que a prova não se destina exclusivamente ao Juízo, mas sim, às partes que atuam em contraditório.
>
> A realização de perícia é uma garantia para o acusado contra as indevidas ingerências do Estado em sua esfera de liberdades. Garantia de que somente será condenado por determinada conduta quando ela restar inequivocamente provada pelos elementos dos autos.
>
> O crime de incêndio é de perigo comum contra a incolumidade pública, logo, não basta para que ele se configure o simples botar fogo em alguma coisa, sendo necessário que o fogo ateado tenha, efetivamente, de modo concreto, causado perigo à vida, à integridade física ou ao patrimônio de outras pessoas" (TJMG, Processo 1.0313.06.197220-1/001[1], Rel. Des. Jane Silva, j. 10/11/2009, p. 11/1/2010).

8 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 4, p. 172.

CAPÍTULO 3
EXPLOSÃO

Explosão

Art. 251. Expor a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, mediante explosão, arremesso ou simples colocação de engenho de dinamite ou de substância de efeitos análogos:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1º Se a substância utilizada não é dinamite ou explosivo de efeitos análogos:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Aumento de pena

§ 2º As penas aumentam-se de um terço, se ocorre qualquer das hipóteses previstas no § 1º, I, do artigo anterior, ou é visada ou atingida qualquer das coisas enumeradas no nº II do mesmo parágrafo.

Modalidade culposa

§ 3º No caso de culpa, se a explosão é de dinamite ou substância de efeitos análogos, a pena é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos; nos demais casos, é de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *explosão* vem tipificado no art. 251 do Código Penal. Mediante a análise da mencionada figura típica, podemos destacar os seguintes elementos: a) a conduta de expor a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem; b) por meio de explosão; c) arremesso ou simples colocação de engenho de dinamite; e d) ou de substância de efeitos análogos.

Tal como acontece no art. 250 do Código Penal, o tipo penal que prevê o delito de explosão começa sua redação, dizendo: *expor a perigo...* Verifica-se, portanto, que estamos diante de um crime de perigo. Além disso, o perigo de

que cuida o mencionado artigo deve ser *comum*, ou seja, deverá ser dirigido a um número indeterminado de pessoas. Também deverá ser entendido como *concreto*, demonstrando-se que a prática de qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo trouxe, efetivamente, perigo para a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem.

A lei penal faz menção a *explosão*, que tem o sentido de "comoção seguida de detonação e produzida pelo desenvolvimento repentino de uma força ou pela expansão súbita de um gás".[1]

Essa explosão pode ser provocada por engenho de dinamite. Segundo as lições de Hungria,

> "*dinamite* é nitroglicerina, que NOBEL tornou mais praticamente utilizável mediante absorção dela por certas matérias sólidas, comumente terras ou areias silicosas. O *absorvente* pode ser *ativo*, isto é, um outro explosivo, como, por exemplo, o algodão-pólvora, aumentando-se, então, a potência destruidora. Há grande variedade de substâncias explosivas com efeitos idênticos aos da dinamite: os derivados da nitrobenzina (belite), do nitrotolueno (trotil ou tolite), do nitrocresol (cresilite), da nitronaftalina (schneiderite), a chedite, a sedutite, a ruturite, a grisulite, a melinite, as gelatinas explosivas, os explosivos TNT, os explosivos à base de ar líquido etc. etc."[2]

Pelo que se percebe por meio da figura típica em estudo, a lei penal tipifica não só a explosão em si, provocada pelo agente, como também o *arremesso* ou *a simples colocação de engenho de dinamite* ou de *substância de efeitos análogos*.

Isso significa que não há necessidade, por exemplo, de que tenha havido detonação do explosivo, uma vez que o seu arremesso, isto é, o seu lançamento à distância ou, mesmo, a sua simples colocação em local onde deveria ser detonado, já importa na infração penal *sub examen*, desde que, como afirmamos, se possa extrair desse comportamento perigo para a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, tratando-se, pois, de um crime de perigo concreto, no qual a probabilidade de dano deverá ser demonstrada no caso concreto, não se podendo, outrossim, presumi-la, tal como ocorre nos chamados crimes de perigo abstrato.

Verifica-se, ainda, pela parte final constante da redação do art. 251 do Código Penal, a utilização da chamada *interpretação analógica*. Dessa forma, a lei penal determinou que não só a utilização do engenho de dinamite caracterizaria o delito de explosão, como também qualquer outra substância de efeitos análogos, como aquelas mencionadas por Hungria na citação acima, a exemplo dos explosivos TNT.

1 FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário da língua portuguesa*, p. 744.
2 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 38.

Caberá, no entanto, à perícia afirmar, no caso concreto, se a substância utilizada pelo agente possuía efeitos análogos aos da dinamite, para a configuração típica, haja vista que o art. 251 do Código Penal prevê, em seu § 1º, um tipo privilegiado de explosão, quando não forem essas as substâncias utilizadas, conforme veremos em tópico próprio.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo, quanto ao sujeito passivo; doloso e culposo (pois o § 3º do art. 251 do Código Penal previu, expressamente, a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto; de forma vinculada (haja vista que o tipo penal aponta a forma pela qual poderá ser praticado); instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa poderá ser *sujeito ativo* do delito de *explosão*, haja vista que o tipo do art. 251 do Código Penal não exige nenhuma qualidade ou condição especial.

Sujeito passivo é a sociedade, incluindo-se nesse conceito aquelas pessoas que, especificamente, tiveram sua vida, integridade física ou mesmo o patrimônio expostos ao perigo.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A incolumidade pública é o bem juridicamente protegido pelo delito de explosão.

O objeto material é o engenho de dinamite ou a substância de efeitos análogos.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito previsto no art. 251 do Código Penal se consuma quando, efetivamente, ou a explosão, ou o arremesso ou a simples colocação de engenho ou de substância de efeitos análogos trouxer perigo para a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem.

Com isso, queremos afirmar, por exemplo, que não basta que tenha havido a explosão com engenho de dinamite para que se tenha por consumado o delito, devendo ser demonstrado, no caso concreto, que esse comportamento criou uma situação de perigo concreto para a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem.

Tratando-se de crime plurissubsistente, torna-se possível o raciocínio correspondente à tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

No *caput* do art. 251 do Código Penal, visualizamos a modalidade dolosa do delito de explosão, devendo, nesse caso, ser a conduta do agente dirigida finalisticamente a fazer explodir, arremessar ou colocar em determinado lugar engenho de dinamite ou substância de efeitos análogos.

Além disso, deverá o agente ter conhecimento de que, ao levar a efeito a explosão, o arremesso ou a colocação de engenho de dinamite ou de substâncias de efeitos análogos, exporá a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, pois, caso contrário, poderá ser responsabilizado a título de culpa, nos termos do § 3º do art. 251 do Código Penal.

7. MODALIDADE PRIVILEGIADA

O § 1º do art. 251 do Código Penal prevê a modalidade privilegiada do delito de explosão dizendo:

> § 1º Se a substância utilizada não é dinamite ou explosivo de efeitos análogos:
>
> Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Percebe-se, portanto, que a lei penal, valorando os comportamentos por ela previstos, entende como de maior gravidade a utilização de dinamite ou substância de efeitos análogos, pois, se esses não forem utilizados na prática do delito, a pena cominada será consideravelmente menor.

Denota-se, assim, que, quando o agente faz uso de dinaminte ou de substância de efeitos análogos, existe uma probabilidade de produção de danos de maior gravidade, sendo o comportamento, consequentemente, passível de um maior juízo de censura.

José Silva Júnior, dissertando sobre a modalidade privilegiada de explosão, esclarece:

> "Cuida-se aqui de qualquer explosivo cuja violência não se equipara à da dinamite. A menor potência do explosivo (pólvora e derivados), aqui considerada, tem como consequência a probabilidade, em tese, de *menor dano*".[3]

8. MODALIDADE CULPOSA

O § 3º do art. 251 do Código Penal prevê a modalidade culposa do delito de explosão:

3 SILVA JÚNIOR, José. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, p 3.206.

> § 3º No caso de culpa, se a explosão é de dinamite ou substância de efeitos análogos, a pena é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos; nos demais casos, é de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

De acordo com a redação típica, somente importará na prática do delito previsto pelo § 3º do art. 251 do Código Penal quando houver a ocorrência de uma *explosão* de natureza culposa, não havendo previsão legal, portanto, para o *arremesso* ou, mesmo, para a *colocação de engenho de dinamite ou de substância de efeitos análogos*.

A pena variará de acordo com a substância culposamente detonada pelo agente. Assim, se o sujeito, por exemplo, deixando de observar o seu necessário dever objetivo de cuidado, causar uma explosão com dinamite, a pena cominada para tal fato será de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos; no entanto, se a explosão culposa foi originária de substância não análoga à dinamite, a exemplo da pólvora, a pena será de detenção, de 3(três) meses a 1 (um) ano.

Embora tenha a lei penal previsto a modalidade culposa do delito de explosão, jamais poderemos, como é cediço, responsabilizar o agente objetivamente por esse resultado. Assim, imagine-se a hipótese daquela pessoa devidamente licenciada a construir artefatos com pólvora, a exemplo das bombinhas e morteiros utilizados em algumas festas regionais. A estocagem de material é perfeita, superando até mesmo, os padrões de segurança exigidos. No entanto, durante uma tempestade, um raio cai sobre o mencionado local, fazendo com que haja a explosão. Nesse caso, o fato seria considerado atípico, em virtude de ocorrência do chamado *caso fortuito*, não podendo o agente ser responsabilizado pela explosão de natureza culposa.

9. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

As condutas previstas pelo art. 251 do Código Penal pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente. Contudo, poderão ser praticadas via omissão imprópria, na hipótese de gozar o agente do *status* de garantidor. Assim, imagine-se a hipótese daquela pessoa contratada para cuidar da segurança de um local onde eram armazenados botijões de gás. Percebendo a ocorrência de vazamento de grandes proporções e querendo vingar-se, por algum motivo, de seu patrão, sabedor de que, em virtude da enorme quantidade de gás lançada ao ar, a explosão seria iminente, nada faz para evitar o resultado, o que, efetivamente, acontece. Nesse caso, deverá ser responsabilizado pelo delito tipificado no art. 251 do Código Penal, nos termos do art. 13, § 2º, do mesmo diploma repressivo.

O mesmo raciocínio poderá ser levado a efeito no que diz respeito à omissão imprópria culposa, devendo o agente garantidor responder pelo delito tipificado no § 3º do art. 251 do Código Penal.

10. CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO DE PENA

Diz o § 2º do art. 251, *verbis*:

> § 2º As penas aumentam-se de um terço, se ocorre qualquer das hipóteses previstas no § 1º, I, do artigo anterior, ou é visada ou atingida qualquer das coisas enumeradas no nº II do mesmo parágrafo.

Remetemos o leitor ao item 9 do capítulo anterior, que trata do tema.

11. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

O preceito secundário do *caput* do art. 251 do Código Penal comina uma pena de reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Já o tipo derivado privilegiado, constante do § 1º do mesmo artigo, prevê uma pena de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

As penas aumentam-se de um terço nas hipóteses previstas pelo § 2º do art. 251.

Para a modalidade culposa foi cominada uma pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, se a explosão é de dinamite ou substância de efeitos análogos; nos demais casos, é de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

Determina o art. 258 do Código Penal que *se do crime doloso de perigo comum resulta lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade é aumentada de metade; se resulta morte, é aplicada em dobro. No caso de culpa, se do fato resulta lesão corporal, a pena aumenta-se de metade; se resulta morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço.*

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito de explosão culposa, pois, em ambas as hipóteses, a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo tanto na modalidade privilegiada de explosão, constante do § 1º do art. 251, como na explosão culposa, constante de seu § 3º, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

12. DESTAQUES

12.1. Explosão provocada por motivação política

Se a explosão for provocada por *inconformismo político* ou para a *obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas,*

terá aplicação, levando-se em consideração o princípio da especialidade, o art. 20 da Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/83), que diz, *verbis:*

> **Art. 20.** Devastar, saquear, extorquir, roubar, sequestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas:
>
> Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

12.2. Pesca mediante a utilização de explosivos

Caso o explosivo tenha sido utilizado pelo agente para fins de pesca, deverá, levando em consideração o princípio da especialidade, ser aplicado o inciso I do art. 35 da Lei nº 9.605/98, que diz:

> **Art. 35.** Pescar mediante a utilização de:
>
> I – explosivos ou substâncias que, em contato com a água, produzam efeito semelhante;
>
> II –[...]
>
> Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos.

12.3. Prova pericial

Levando em consideração o fato de que estamos diante de um crime de perigo concreto, quando se faz necessária a comprovação de que o comportamento praticado trouxe, efetivamente, perigo para a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, faz-se indispensável a produção de prova pericial, a fim de se atestar, no caso de explosão, se tal situação colocou em perigo os bens juridicamente protegidos pelo tipo penal do art. 251 do Código Penal, ou, caso não tendo havido a explosão, se a dinamite ou outra substância de efeitos análogos que foi arremessada ou colocada em determinado local, tinha essa potencialidade de dano, vale dizer, se, uma vez detonada, seria capaz de expor a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, uma vez que o art. 175 do Código de Processo Penal assevera, *verbis:*

> **Art. 175.** Serão sujeitos a exame os instrumentos empregados para a prática da infração, a fim de se lhes verificar a natureza e a eficiência.

12.4. Homicídio praticado com o emprego de explosivo

Poderá o agente, com a finalidade de matar alguém, valer-se do emprego de explosivo. Nesse caso, deverá ser responsabilizado pelo delito de homicídio qualificado, nos termos do art. 121, § 2º, III, terceira figura, do Código Penal.

Além do homicídio qualificado, poderá o agente responder, também, pelo delito tipificado no art. 251 do Código Penal, em concurso formal? Haverá concurso de crimes somente na hipótese em que a utilização de explosivos na prática do homicídio trouxer perigo para a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem.

Se o agente o tiver empregado em local isolado, afastado, onde não havia a possibilidade de trazer perigo à incolumidade pública, deverá responder somente pelo delito contra a vida. Caso contrário, poderá ocorrer o concurso formal de crimes se, com a utilização do explosivo, vier a produzir a morte da vítima, bem como ocasionar perigo de dano aos bens juridicamente protegidos pelo tipo penal do art. 251 do diploma repressivo.

13. QUEIMA DE FOGOS DE ARTIFÍCIO

A conduta de queimar de fogos de artifícios em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela é prevista pelo art. 28 da Lei das Contravenções Penais, que diz, *verbis*:

> **Art. 28.** Disparar arma de fogo em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela:
>
> Pena – prisão simples, de um a seis meses, ou multa, de trezentos mil réis a três contos de réis.
>
> **Parágrafo único.** Incorre na pena de prisão simples, de quinze dias a dois meses, ou multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis, quem, em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, sem licença da autoridade, causa deflagração perigosa, queima fogo de artifício ou solta balão aceso.

"Estando o tipo do art. 251 do CP, crime de explosão, entre aqueles denominados de perigo comum, é de se exigir, como circunstância elementar, a comprovação de que a conduta explosiva causou efetiva afronta à vida e à integridade física das pessoas ou concreto dano ao patrimônio de outrem, sob pena de faltar à acusação a devida demonstração da tipicidade. Por isso, ação de arremessar fogos e artifícios em local ocasionalmente despovoado, cuja consequência danosa ao ambiente foi nenhuma, não pode ser tido pela vertente do

crime de explosão, podendo, no máximo se referir à contravenção do art. 28 do Decreto-Lei nº 3688/41 [...]" (STJ, *HC* 104952 SP, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, j. 10/2/2009, 6ª T., *DJe* 2/3/2009).

Capítulo 4

Uso de Gás Tóxico ou Asfixiante

Uso de gás tóxico ou asfixiante

Art. 252. Expor a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, usando de gás tóxico ou asfixiante:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Modalidade culposa

Parágrafo único. Se o crime é culposo:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *uso de gás tóxico ou asfixiante* vem tipificado no art. 252 do Código Penal. Pela redação típica, podemos destacar os seguintes elementos: a) a conduta de expor a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem; b) mediante a utilização de gás tóxico ou asfixiante.

O delito em estudo encontra-se inserido no capítulo correspondente aos crimes contra a incolumidade pública, tratando-se, pois, de um crime de perigo comum, razão pela qual, para efeitos de sua configuração, deverá atingir um número indeterminado de pessoas.

Cuida-se, ainda, de um crime de perigo concreto, haja vista a necessidade de ser demonstrado que o comportamento do agente trouxe, no caso concreto, perigo para a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem.

Essa exposição concreta a perigo deverá ocorrer em virtude da utilização, pelo agente, de *gás tóxico* ou *asfixiante*. Dissertando sobre o tema, Feu Rosa esclarece:

> "O dispositivo fala de gás, referindo-se, portanto, a dois aspectos: a) a substância pode ser qualquer uma, indistintamente, desde que não seja sólida nem líquida. Deverá ter a forma fluida, ou seja, ser capaz de se expandir misturando-se ao ar em forma de vapor ou fumaça; e, b) ser tóxica ou asfixiante".[1]

1 FEU ROSA, Antonio José Miguel. *Direito penal* – Parte especial, p. 689.

Tóxico é o gás venenoso; asfixiante é aquele de natureza sufocante, que atua sobre as vias respiratórias, impedindo a vítima de respirar. São considerados tóxicos, dentre outros, os gases provenientes do ácido cianídrico, amoníaco do anidro sulfuroso, benzina, iodacetona, cianuretos alcalinos de potássio e sódio. Asfixiantes são os gases de cloro, bromo, bromacetona, clorossulfato de metila, cloroformiato de triclorometila, fosgeno etc.[2]

Salienta Noronha, com razão:

> "Não é necessário que o gás seja mortal: basta expor a perigo a vida ou a integridade física de pessoas, o que, aliás, bem se compreende, uma vez que a lei se contenta com o perigo para o patrimônio, hipótese em que ele pode até ser inócuo para o indivíduo".[3]

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz ao sujeito ativo, quanto ao sujeito passivo; doloso e culposo (uma vez que o parágrafo único do art. 252 do Código Penal previu, expressamente, a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto; de forma vinculada (haja vista que o tipo penal aponta a sua prática mediante a utilização de gás tóxico ou asfixiante); instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa poderá ser *sujeito ativo* do delito de *uso de gás tóxico ou asfixiante*, uma vez que o tipo do art. 252 do Código Penal não exige nenhuma qualidade ou condição especial.

Sujeito passivo é a sociedade, incluindo-se nesse conceito aquelas pessoas que, especificamente, tiveram a vida, a integridade física ou mesmo o patrimônio expostos ao perigo.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A incolumidade pública é o bem juridicamente protegido pelo delito de uso de gás tóxico ou asfixiante.

Objeto material é o gás tóxico ou asfixiante.

2 Conforme Nélson Hungria, *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 42-43.

3 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 3, p. 335.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito previsto no art. 252 do Código Penal se consuma quando, após a utilização do gás tóxico ou asfixiante, houver a efetiva exposição de perigo para a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, tendo em vista cuidar-se de um crime de perigo concreto.

Tratando-se de crime plurissubsistente, torna-se possível o raciocínio correspondente à tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

Elemento subjetivo do delito tipificado no art. 252 do Código Penal é o dolo, consubstanciado na vontade finalisticamente dirigida no sentido de fazer uso do gás tóxico ou asfixiante, sendo o agente conhecedor do perigo que causa com o seu comportamento.

7. MODALIDADE CULPOSA

A modalidade culposa do delito de uso de gás tóxico ou asfixiante veio prevista no parágrafo único do art. 252, que diz, *verbis:*

> **Parágrafo único.** Se o crime é culposo:
> Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

Para que ocorra o delito culposo em exame, o agente deverá fazer uso de gás tóxico ou asfixiante, deixando de observar o seu necessário dever objetivo de cuidado, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem.

8. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

A conduta prevista pelo tipo penal do art. 252 do diploma repressivo pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria na hipótese em que o agente, garantidor, dolosa ou culposamente, nada fizer para evitar a exposição a perigo em virtude da utilização, por terceira pessoa, de gás tóxico ou asfixiante.

9. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA O JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

O preceito secundário do art. 252 do Código Penal comina uma pena de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Para a modalidade culposa, o parágrafo único do referido artigo prevê uma pena de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

Determina o art. 258 do Código Penal que, *se do crime doloso de perigo comum resulta lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade é aumentada de metade; se resulta morte, é aplicada em dobro. No caso de culpa, se do fato resulta lesão corporal, a pena aumenta-se de metade; se resulta morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço.*

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento da modalidade culposa do delito de uso de gás tóxico ou asfixiante, pois a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo em ambas as modalidades – dolosa e culposa – do delito de uso de gás tóxico ou asfixiante, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

10. DESTAQUES

10.1. Homicídio qualificado pelo emprego de gás asfixiante

A asfixia é um dos meios utilizados na prática do delito de homicídio que o torna qualificado. Sob o ponto de vista médico-legal, segundo as lições de Genival Veloso de França, a asfixia:

> "é a síndrome caracterizada pelos efeitos da ausência do oxigênio no ar respirável por impedimento mecânico de causa fortuita, violenta e externa em circunstâncias as mais variadas. Ou a perturbação oriunda da privação, completa ou incompleta, rápida ou lenta, externa ou interna, do oxigênio".[4]

Poderá o agente, portanto, causar a morte da vítima valendo-se de um gás asfixante, qualificando, assim, o delito de homicídio, nos termos do art. 121, § 2º, III, quarta figura. Nesse caso, deveria o agente responder, também, pelo delito previsto no art. 252 do Código Penal? Se o agente se utilizar do gás asfixiante sem que exponha a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem que não a vítima do homicídio, somente será responsabilizado por esta infração penal. Caso contrário, poderá ocorrer o concurso formal de crimes, se com a utilização do gás asfixiante vier a produzir a morte da vítima, bem como ocasionar perigo de dano aos bens juridicamente protegidos pelo tipo penal do art. 252 do diploma repressivo.

10.2. Utilização de gás lacrimogêneo pela polícia

O gás lacrimogêneo possui natureza asfixiante. Nesse caso, poderia a polícia fazer uso desse meio, em determinadas ocasiões extremas, com a finalidade,

4 FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina legal*, p. 116.

por exemplo, de dispersar a multidão, evitando que o aglomerado de pessoas venha a cometer infrações penais? Dissertando sobre o tema, preleciona Bento de Faria:

> "O – *gás lacrimogêneo* – é possivelmente asfixiante, com efeito direto sobre as mucosas, como também tóxico, conforme a quantidade empregada.
>
> É resultante da – *acroleína* –, que se obtém pela mistura de glicerina com ácido fosfórico anidro.
>
> Não exclui esse conceito o seu emprego pela autoridade policial, o qual deve ser limitado ao efeito de paralisar a ação dos adversários, por ocasião de desordens ou motins de certa gravidade.
>
> Nem sempre, porém, procedem os seus agentes com esse critério e abusam do seu emprego.
>
> Esse ato da autoridade há de revestir, então, a forma criminosa para sujeitá-la à sanção da lei, visto como a qualidade do agente não tem a virtude de transformar em norma jurídica uma prática que expõe, desnecessariamente, a perigo a vida ou a saúde".[5]

Na verdade, resumindo as lições do renomado autor, a polícia não está impedida de usar o gás lacrimogêneo, tampouco de utilizar as armas que estão à sua disposição, desde que necessárias a repelir agressões injustas, atuais ou iminentes, quando, então, atuarão sob o manto da legítima defesa, ou ainda quando estiverem atuando no estrito cumprimento de dever legal. O abuso, concebido como excesso, deverá ser punido, responsabilizando-se criminalmente a autoridade pelo seu ato ilegal.

Se o uso de gás lacrimogêneo foi levado a efeito sem a mínima necessidade, simplesmente por ato abusivo da autoridade, entendemos deva ela ser responsabilizada pelo delito tipificado no art. 252 do Código Penal se, em virtude do seu comportamento, houve a criação de perigo para a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem.

10.3. Contravenção penal de emissão de fumaça, vapor ou gás

O art. 38 da Lei das Contravenções Penais prevê a infração penal de *emissão de fumaça, vapor ou gás*:

> **Art. 38.** Provocar, abusivamente, emissão de fumaça, vapor ou gás, que possa ofender ou molestar alguém:
>
> Pena – multa.

5 FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro*, v. VI, p. 201/202.

Qual seria a diferença entre a contravenção penal narrada e o delito de uso de gás tóxico ou asfixiante?

Prima facie, faz-se mister ressaltar que, nas duas hipóteses, estamos diante de uma situação de perigo comum, vale dizer, o comportamento praticado pelo agente atinge um número indeterminado de pessoas.

No entanto, como é cediço, as contravenções são um *minus* em relação aos crimes. Os bens juridicamente protegidos pelas contravenções penais, de acordo com o critério político que envolve a sua seleção, não possuem a importância exigida pelo Direito Penal para que gozem do *status* de crimes.

Assim, a conduta contravencional seria, asbtratamente considerada, menos gravosa do que aquela prevista como crime pelo art. 252 do Código Penal.

Essa emissão de gás, mencionada na redação típica do art. 38 da Lei das Contravenções Penais, produziria uma ofensa de menores proporções ao organismo humano do que aquela proporcionada pelo gás tóxico ou asfixiante a que se refere o art. 252 do Código Penal.

Marcello Jardim Linhares, procurando apontar o objeto da tutela legal no que diz respeito à contravenção penal de emissão de fumaça, vapor ou gás, esclarece:

> "Em face do alto grau de desenvolvimento de nossas indústrias, a espécie jurídica assume hoje importância especial. A despeito dos avanços da tecnologia nelas empregada, não se consegue evitar a nociva emanação de gases fétidos, vapores ofensivos e incômodas fumaças, sendo a poluição fenômeno hoje comum nos polos progressistas dos grandes centros. Obrigado a respirar o ar disponível, sujeito à concentração de poluentes, fica o homem sujeito a seus efeitos agudos, tornando-se fácil presa de doenças profissionais, de que são frequentes exemplos as irritações de mucosas de seu sistema respiratório, as tosses, as bronquites, asmas, irritações dos órgãos visuais, sujeito às vezes ao envenenamento e até a morte. Doenças crônicas, encurtamento da vida, o câncer, o enfizema e doenças alérgicas são o fantasma desse paradoxal quadro que o progresso oferece, vivendo o homem atual sob o desconforto dos maus odores, sob a forte pressão de toda a gama de poluições".[6]

A perícia terá papel fundamental na distinção entre o crime de uso de gás tóxico ou asfixiante e a contravenção penal de emissão de fumaça, vapor ou gás, uma vez que, como diz a redação típica, a conduta praticada pelo agente, neste último caso, que possa ofender ou molestar alguém, não expõe concretamente a perigo a vida, a integridade física e o patrimônio de um número indeterminado de pessoas, situação esta de maior gravidade.

6 LINHARES, Marcello Jardim. *Contravenções penais*, v. 1, p. 332.

10.4. Prova pericial

Tendo em vista que o delito tipificado no art. 252 do Código Penal se configura com a utilização de gás tóxico ou asfixiante, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, será necessária a realização de prova pericial, comprovando-se não somente a potencialidade ofensiva dos meios empregados, conforme art. 175 do Código de Processo Penal, como também o fato de a sua utilização ter trazido uma situação concreta de perigo a um número indeterminado de pessoas, diante de sua natureza de infração penal de perigo comum.

Capítulo 5

Fabrico, Fornecimento, Aquisição, Posse ou Transporte de Explosivos ou Gás Tóxico, ou Asfixiante

Fabrico, fornecimento, aquisição, posse ou transporte de explosivos ou gás tóxico, ou asfixiante

Art. 253. Fabricar, fornecer, adquirir, possuir ou transportar, sem licença da autoridade, substância ou engenho explosivo, gás tóxico ou asfixiante, ou material destinado à sua fabricação:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

1. INTRODUÇÃO

Se nos arts. 251 e 252 do Código Penal estão previstas as condutas daqueles que expõem a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, mediante explosão, arremesso ou simples colocação de engenho de dinamite ou de substância de efeitos análogos, bem como com a utilização de gás tóxico ou asfixiante, no art. 253 do mesmo diploma repressivo existe a previsão do comportamento do agente que fabrica, fornece, adquire, possui ou transporta, sem licença da autoridade, a substância ou engenho explosivo, gás tóxico ou asfixiante, ou material destinado à sua fabricação.

Percebe-se, aqui, que a lei penal quis antecipar a punição ao máximo, buscando impedir a prática dos comportamentos tipificados nos arts. 251 e 252 do Código Penal.

No entanto, se nos dois artigos anteriores estamos diante de um crime de perigo concreto, o art. 253 do Código Penal, ao contrário, prevê um delito de perigo abstrato, conforme posição dominante na doutrina, a exemplo de Luiz Regis Prado, quando diz:

> "Trata-se de delito de perigo abstrato. Dessa forma, o perigo constitui unicamente a *ratio legis*, isto é, o motivo que inspirou

> o legislador a criar a figura típica delitiva. O perigo não aparece aqui como elemento do tipo objetivo e o delito se consuma mesmo que no caso concreto não se tenha verificado qualquer perigo para o bem jurídico tutelado, sendo suficiente a simples comprovação de uma atividade finalista. Não se exige, portanto, que o perigo – inerente à ação – seja comprovado".[1]

Apesar da força do raciocínio do renomado autor, que acompanha o movimento doutrinário amplamente dominante, não podemos concordar com ele. Isso porque o delito de *fabrico, fornecimento, aquisição, posse ou transporte de explosivos ou gás tóxico, ou asfixiante* encontra-se inserido no Capítulo I (dos crimes de perigo comum), pertencente ao Título VIII da Parte Especial do Código Penal, que prevê os delitos contra a incolumidade pública.

Dessa forma, para que a infração penal ocorra, deverá a conduta do agente importar em *perigo comum*, uma vez que dirigida contra a *incolumidade pública*, atendendo-se, pois, às exigências relativas ao princípio da lesividade, que exige comprovação de ofensa ao bem juridicamente protegido para efeitos de permissão de criação típica. A nosso ver, portanto, devemos interpretar a figura típica entendendo-a como um delito de *perigo concreto*, comprovando-se, caso a caso, se o comportamento levado a efeito pelo agente trouxe, efetivamente, perigo para a incolumidade pública.

Partindo desse pressuposto, podemos analisar os elementos que compõem o tipo constante do art. 253 do Código Penal, a saber: a) a conduta de fabricar, fornecer, adquirir, possuir ou transportar; b) sem licença da autoridade; c) substância ou engenho explosivo, gás tóxico, ou asfixiante, ou material destinado à sua fabricação.

Fabricar tem o significado de produzir, criar, ou, conforme esclarece Noronha, "compreende-se qualquer processo idôneo de elaboração, mecânico ou químico, não excluída a simples adição de uma substância a outra ou a outras (composição). Existe fabricação não só quando se cria explosivo de uma ou mais matérias, que antes não tinham esse caráter, mas, também, com a reprodução, transformação ou aperfeiçoamento de matérias já por si explosivas";[2] *fornecer* deve ser entendido no sentido de entregar a alguém, onerosa ou mesmo gratuitamente; *adquirir* significa comprar (título oneroso) ou obter (título gratuito); *possuir*, ou seja, ter a posse, guarda, estar à sua disposição etc.; *transportar* importa em remover, conduzir, levar de um lugar para outro, seja essa remoção levada a efeito a título gratuito ou oneroso.

Importante frisar que estamos diante de um tipo misto alternativo. Assim, a prática, pelo agente, de mais de uma dessas condutas previstas pelo tipo importará em infração única. Dessa forma, mesmo se o agente tiver adquirido, transportado e, ainda, tiver em sua posse uma das substâncias elencadas pelo tipo, continuará a responder somente por um único delito.

1 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 3, p. 451-452.
2 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 3, p. 337.

A *licença da autoridade* é o elemento normativo constante do tipo.

Substância ou engenho explosivo, gás tóxico ou asfixiante já foram estudados quando da análise dos dois artigos anteriores, para onde remetemos o leitor.

A parte final do art. 253 do Código Penal menciona, ainda, *material destinado à sua fabricação*. Segundo Guilherme de Souza Nucci, "trata-se de material voltado à fabricação de substância ou engenho explosivo, gás tóxico ou asfixiante. Não é preciso que a substância *só* possa ser usada para o fabrico de explosivo, mas que, em determinado contexto, seja usada para tal fim".[3]

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo, quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto (embora essa posição por nós assumida seja minoritária); de forma livre; instantâneo (quanto aos núcleos *fabricar, fornecer e adquirir*) e permanente (no que diz respeito às condutas de *possuir* e *transportar*); monossubjetivo; plurissubsistente (como regra, não se descartando, contudo, a possibilidade de ser entendido como *unissubsistente*, a exemplo da conduta de possuir); não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa poderá ser *sujeito ativo* do delito de *fabrico, fornecimento, aquisição, posse ou transporte de explosivos ou gás tóxico, ou asfixiante*, haja vista que o tipo do art. 253 do Código Penal não exige nenhuma qualidade ou condição especial.

Sujeito passivo é a sociedade, tratando-se, pois, de um crime vago.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A incolumidade pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito do art. 253 do Código Penal.

O objeto material é a substância ou engenho explosivo, o gás tóxico ou asfixiante, bem como o material destinado à sua fabricação.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Nos termos da posição majoritária, o delito em estudo se consuma com a simples prática de qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo penal, pois, conforme asseverava Hungria,

3 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 872.

> "diversamente do que ocorre com os crimes de perigo comum em geral, não é necessária, aqui, a efetiva superveniência do *eventus periculi*: basta a possibilidade, que a lei presume *juris et de jure*, de perigo comum (ainda que remoto). Trata-se de um *ato preparatório*, que o legislador entendeu de bom aviso erigir em crime *sui generis* ou *per sè stante*".[4]

Como já tivemos oportunidade de ressaltar, mesmo que isolados doutrinariamente, não podemos concordar com essa posição, que é ofensiva ao princípio da lesividade. Para nós, portanto, o delito se consuma quando o agente, após praticar um dos comportamentos previstos pelo tipo penal, coloca, concretamente, em risco a incolumidade pública. Assim, imagine-se a hipótese daquele que possui, em sua casa, sem licença da autoridade, substância explosiva. Levando em consideração a existência de outras pessoas ou propriedades próximas a ele, tal fato poderia se configurar no delito *sub examen*, pois importa em um perigo concreto de dano. Agora, imagine-se a hipótese daquele que, em um lugar isolado, afastado de qualquer comunidade, possua uma mistura química, criada por ele próprio, com poder explosivo. Nesse caso, pergunta-se: Hipoteticamente, teria ele cometido o delito previsto pelo art. 253 do Código Penal, mesmo que não houvesse colocado em risco a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem? Acreditamos que não, razão pela qual, para efeitos de consumação da mencionada infração penal, entendemos ser exigível a concreção do perigo, ou seja, faz-se necessário provar a sua potencialidade de dano ao bem jurídico protegido no caso concreto.

A maioria esmagadora de nossos doutrinadores também não admite a tentativa no delito previsto pelo tipo do art. 253 do Código Penal. Com a devida *venia*, também não podemos comungar com essa opinião. Isso porque, nas hipóteses em que se visualizar o delito em estudo como plurissubsistente, podendo-se fracionar o *iter criminis*, será admissível o raciocínio relativo ao *conatus*. Por isso, estamos com Cezar Roberto Bitencourt quando assevera que "a *tentativa* é de difícil configuração, embora teoricamente possível".[5]

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O delito de *fabrico, fornecimento, aquisição, posse ou transporte de explosivos ou gás tóxico, ou asfixiante* somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

O dolo do agente, no entanto, deve abranger o conhecimento de que a substância que fabrica, fornece, adquire, possui ou transporta, por exemplo, tem essa natureza explosiva, tóxica, asfixiante etc., pois, caso contrário, poderá ser alegado o chamado erro de tipo.

4 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 44.

5 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 4, p. 182.

Da mesma forma, o desconhecimento quanto à necessidade de obter *licença da autoridade* para, *v.g.*, transportar uma carga tóxica poderá afastar o dolo, também sob a alegação do erro de tipo, já que se cuida de elemento constante da figura típica em análise.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

As condutas previstas pelo tipo penal pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria, na hipótese em que o agente garantidor, dolosamente, nada fizer para impedir a prática de quaisquer dos comportamentos previstos pelo tipo do art. 253 do Código Penal.

8. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito previsto no art. 253 do Código Penal é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito de *fabrico, fornecimento, aquisição, posse ou transporte de explosivos ou gás tóxico, ou asfixiante*, pois a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme redação determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

9. DESTAQUES

9.1. Lei de Segurança Nacional

Diz o art. 12 da Lei nº 7.170/83, *verbis*:

> **Art. 12.** Importar ou introduzir, no território nacional, por qualquer forma, sem autorização da autoridade federal competente, armamento ou material militar privativo das forças armadas:
>
> Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.
>
> **Parágrafo único.** Na mesma pena incorre quem, sem autorização legal, fabrica, vende, transporta, recebe, oculta, mantém em depósito ou distribui o armamento ou material militar de que trata este artigo.

Pode acontecer que o agente, por exemplo, adquira um engenho explosivo privativo das forças armadas. Nesse caso, em virtude do princípio da especialidade, deverá responder pela infração penal tipificada na Lei de Segurança Nacional.

9.2. Revogação parcial do art. 253 do Código Penal pelo Estatuto do Desarmamento

O inciso III do § 3º do art. 10 da Lei nº 9.437, de 20 de fevereiro de 1997, havia revogado parcialmente o art. 253 do Código Penal, pois havia previsto como delito a conduta de *possuir, deter, fabricar ou empregar artefato explosivo e/ou incendiário sem autorização*.

Vale ressaltar que o mencionado inciso da Lei de Armas somente havia feito menção aos explosivos, não dizendo respeito, pois, às condutas praticadas que tinham por objeto o gás tóxico ou asfixiante.

O inciso III do parágrafo único do art. 16 do atual Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003), que revogou a Lei nº 9.437/97, manteve a previsão de punição, cominando uma pena de reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa, para aquele que:

> III – possuir, detiver, fabricar ou empregar artefato explosivo ou incendiário, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Dessa forma, entendemos pela revogação parcial do art. 253 do Código Penal, no que diz respeito especificamente aos núcleos *fabricar* e *possuir* substância ou engenho explosivo, devendo ser aplicada, nesse caso, a referida Lei nº 10.826/03.[6]

9.3. Perícia

Deverá ser realizada prova pericial a fim de se concluir se o objeto que fora fabricado, fornecido, adquirido, estava sob a posse ou era transportado pelo agente sem a necessária licença da autoridade era, efetetivamente, substância ou engenho explosivo, gás tóxico ou asfixiante, ou material destinado à sua fabricação.

6 Em sentido contrário, dando uma abrangência maior ao artigo, preleciona Fernando Capez *(Estatuto do desarmamento*, p. 132-133): "Sustentávamos que no art. 253 do Código Penal faltaram as condutas de fornecer, adquirir ou transportar. À primeira vista, fornecer, adquirir ou transportar não se enquadrariam na figura típica do art. 10 § 3º, III, permanecendo regidos pelo dispositivo do Código Penal. Entretanto, na prática, todos os comportamentos, inclusive esses três, acabaram absorvidos pela Lei nº 9.437/97. É que, para fornecer ou transportar, é necessário, antes, deter ou pelo menos possuir o objeto, ainda que momentaneamente. No que tange à aquisição, não resta dúvida de que quem adquire possui, e quem tenta adquirir tenta possuir. Diante do exposto, todas as figuras do art. 253 do Código Penal foram alcançadas pela antiga Lei. Assim, fabricar, possuir (adquirir, fornecer e transportar), deter ou empregar artefato explosivo não mais configurava crime previsto no Estatuto Repressivo, mas na Lei nº 9.437/97, com pena de dois a quatro anos de reclusão, mais multa. Com o advento do novo Estatuto do Desarmamento, o inciso III do parágrafo único do art. 16, tal como sucedia na Lei nº 9.437/97, passou a punir a posse, a detenção, o fabrico ou o emprego de artefato explosivo, no entanto, com sanção mais severa".

CAPÍTULO 6

INUNDAÇÃO

Inundação

Art. 254. Causar inundação, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa, no caso de dolo, ou detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, no caso de culpa.

1. INTRODUÇÃO

O delito de inundação vem tipificado no art. 254 do Código Penal. De acordo com a mencionada figura típica, podemos destacar os seguintes elementos: a) a conduta de causar inundação; b) expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem.

O núcleo *causar* é utilizado no texto legal no sentido de produzir, ocasionar, dar causa. Assim, o comportamento do agente é dirigido finalisticamente para causar a inundação. Hungria esclarece o conceito de inundação:

> "Entende-se por *inundação* o alagamento de um local de notável extensão, não destinado a receber águas. As águas são desviadas de seus limites naturais ou artificiais, expandindo-se em tal quantidade que criam perigo de dano a indeterminado número de pessoas ou coisas. Como observam Liszt-Schmidt, não basta, para o crime de inundação, qualquer alagamento ou transbordamento: é necessário que não esteja mais no poder do agente dominar a força natural das águas, cujo desencadeamento provocou, criando uma situação de perigo comum, a que se refere o legislador como a uma das características do crime".[1]

1 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 49.

Cuida-se de crime de perigo concreto, no qual a exposição a perigo da vida, da integridade física ou do patrimônio de um número indeterminado de pessoas (em face também da sua natureza de perigo comum) deverá ser demonstrada no caso concreto.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso ou culposo; de perigo comum e concreto; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria na hipótese em que o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa poderá ser *sujeito ativo* do delito de *inundação*, tendo em vista que o tipo do art. 254 do Código Penal não exige nenhuma qualidade ou condição especial.

Sujeito passivo é a sociedade, incluindo-se nesse conceito aquelas pessoas que sofreram diretamente com a conduta praticada pelo sujeito ativo, vale dizer, que tiveram a vida, a integridade física ou o patrimônio expostos a situação de perigo.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A incolumidade pública é o bem juridicamente protegido pelo delito tipificado no art. 254 do Código Penal.

O objeto material é a grande quantidade de água liberada para efeito do cometimento do delito.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Levando em consideração sua natureza de crime de perigo concreto, disserta Noronha, com precisão:

> "Consuma-se o delito quando a invasão das águas já tomou proporções que concretizam a inundação, isto é, já expõem a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem. Dá-se a consumação, portanto, quando surge a situação de perigo.
>
> Se já a corrente líquida começou a correr para o lugar inadequado, mas sem atingir volume que cause perigo comum e, por circunstâncias alheias à vontade do agente, é detida ou reconduzida ao leito próprio, haverá tentativa".[2]

2 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 3, p. 341.

Conforme se verifica nas lições do renomado autor, será perfeitamente possível o reconhecimento da tentativa, em virtude de se tratar de um crime plurissubsistente.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O delito de inundação pode ser praticado dolosa ou culposamente, conforme se verifica na redação contida no preceito secundário do art. 254 do Código Penal, que diz: *Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa, no caso de dolo, ou detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, no caso de culpa.*

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo *causar* pressupõe um comportameto comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria, na hipótese em que o agente, garantidor, dolosa ou culposamente, podendo, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, nada fizer para evitar a produção do resultado, ou seja, para evitar a inundação que coloca em risco a vida, a integridade física ou o patrimônio de um número indeterminado de pessoas.

8. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de inundação dolosa é de reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa; para a inundação culposa foi prevista uma pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Determina o art. 258 do Código Penal que, *se do crime doloso de perigo comum resulta lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade é aumentada de metade; se resulta morte, é aplicada em dobro. No caso de culpa, se do fato resulta lesão corporal, a pena aumenta-se de metade; se resulta morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço.*

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito de *inundação culposa*, pois a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, se culposa a inundação.

9. DESTAQUES

9.1. Inundação com o fim de causar a morte de alguém

Caso a inundação tenha sido provocada pelo agente que tinha a finalidade de, por meio dela, causar a morte de alguém, deverá ser responsabilizado pelas duas infrações penais, vale dizer, o delito de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, III, quarta figura), em concurso formal impróprio com o delito de inundação, devendo haver o cúmulo material de penas.

9.2. Usurpação de águas

Se o fato praticado pelo agente não criar uma situação de perigo comum, bem como se tiver sido praticado com a finalidade de desviar ou represar, em proveito próprio ou alheio, águas alheias, deverá ser responsabilizado pelo delito de usurpação de águas, tipificado no art. 161, I, do Código Penal.

9.3. Dano

Conforme destaca Luiz Regis Prado, se o alagamento for "de pouca monta, incapaz de produzir perigo extensivo, poderá constituir tão somente crime de dano (art. 163 do CP)".[3]

3 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 3, p. 458.

Capítulo 7

Perigo de Inundação

Perigo de inundação

Art. 255. Remover, destruir ou inutilizar, em prédio próprio ou alheio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, obstáculo natural ou obra destinada a impedir inundação:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

1. INTRODUÇÃO

Se no artigo anterior vem tipificada a *inundação* em si, causada dolosa ou culposamente pelo agente, o art. 255 do Código Penal prevê o delito de *perigo de inundação* quando o agente, dolosamente, remove, destrói ou inutiliza, em prédio próprio ou alheio, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, obstáculo natural ou obra destinada a impedir inundação, sendo esses, portanto, os elementos que integram a figura típica em estudo.

O núcleo *remover* é utilizado no texto no sentido de afastar, retirar, transpor, transferir; *destruir* significa eliminar, aniquilar, acabar com; *inutilizar* compreende a situação na qual, embora aparentemente mantido o obstáculo natural ou obra destinada a impedir inundação, estes já não conseguem cumprir as funções para as quais foram originariamente criados, tornando-se, pois, imprestáveis a esse fim.

Trata-se, portanto, de um tipo misto alternativo, em que a prática de mais de um comportamento típico importará em infração penal única.

O art. 255 do Código Penal adverte que a conduta de remover, destruir ou inutilizar deve ser praticada contra obstáculo natural ou obra destinada a impedir inundação. Por *obstáculo natural* podemos compreender aqueles naturalmente inerentes ao local onde estão contidas as águas, a exemplo das margens de um rio que, segundo Noronha, se "escavadas e rebaixadas, fazem-no

transbordar e correr, fora do seu álveo, pondo em risco a incolumidade pública".[1] *Obra destinada a impedir inundação* é aquela construída artificialmente pelo homem, a exemplo dos diques, comportas, barragens etc.

Tendo em vista cuidar-se de um crime de perigo comum e concreto, deverá ser demonstrado que a conduta do agente criou uma situação de perigo para a vida, a integridade física ou o patrimônio de um número indeterminado de pessoas.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; de perigo comum e concreto; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria na hipótese em que o agente, gozando do *status* de garantidor, dolosamente, não impedir o sujeito de remover, destruir ou inutilizar obstáculo natural ou obra destinada a impedir inundação); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa poderá ser *sujeito ativo* do delito de *perigo de inundação*, tendo em vista que o tipo do art. 255 do Código Penal não exige nenhuma qualidade ou condição especial.

O sujeito passivo é a sociedade, incluindo-se nesse conceito aquelas pessoas que sofreram diretamente com a conduta praticada pelo sujeito ativo, vale dizer, que tiveram sua vida, integridade física ou patrimônio expostos à situação de perigo.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A incolumidade pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito do art. 255 do Código Penal.

Objeto material é o obstáculo natural ou obra destinada a impedir inundação, contra o qual é dirigida a conduta praticada pelo agente.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Consuma-se o delito com a efetiva remoção, destruição ou inutilização de obstáculo natural ou obra destinada a impedir inundação que, no caso concreto, traga perigo para a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem.

Tratando-se de crime plurissubsistente, torna-se perfeitamente possível o raciocínio relativo ao *conatus*.

1 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 3, p. 342.

No entanto, a doutrina dominante não reconhece a possibilidade da tentativa, a exemplo de Guilherme de Souza Nucci, quando diz que não se admite a tentativa, "pois é fase preparatória do crime de inundação, excepcionalmente tipificada";[2] ou, mais enfaticamente, Noronha, quando preleciona:

> "Não cremos possível a tentativa do crime, ao revés do que se dá no delito antecedente. Neste, o sujeito ativo *quer* a inundação, sabendo do perigo comum que ela acarretará, ao passo que, aqui, ele *não quer* a inundação. O elemento volitivo dirige-se tão somente a uma das ações mencionadas no artigo e, embora seja necessário ele conhecer o perigo de inundação, não é fácil admitir-se que alguém tente o que não quer. Parece-nos, pois, inadmissível a *tentativa de perigo de inundação*".[3]

Apesar da força do raciocínio dos renomados autores, não podemos com eles comungar. Isso porque o tipo penal pune tão somente a conduta daquele que remove, destrói ou inutiliza, em prédio próprio ou alheio, obstáculo natural ou obra destinada a impedir inundação, sabendo que o seu comportamento importará em perigo concreto para a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem. O agente, na verdade, não quer a inundação, pois se a quisesse não poderia responder pelo delito previsto no artigo em estudo, mas, sim, pelo delito de inundação, tentado ou consumado.

Dessa forma, se fosse sua intenção destruir algum obstáculo com o fim de causar inundação, segundo nosso posicionamento, mesmo que tivesse destruído algum obstáculo natural, por exemplo, não poderia ser responsabilizado pelo delito previsto pelo art. 255 do Código Penal, mas sim pelo crime de inundação, consumado (se ela efetivamente ocorreu no caso concreto, criando uma situação real de perigo), ou tentado (se, embora destruindo o obstáculo, a inundação foi impedida por ação de terceiros).

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O delito de *perigo de inundação* somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos remover, destruir e inutilizar pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, será possível a sua prática via omissão imprópria, na hipótese em que o agente garantidor, dolosamente, nada fizer para impedir que o sujeito ativo pratique qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo. Assim, imagine-se o exemplo de um segurança que,

2 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 874.
3 NORONHA, Edgard Magalhães, *Direito penal*, v. 3, p. 342.

contratado para vigiar e proteger uma represa, perceba que alguém esteja dando início à destruição da barreira de contenção das águas mas, insatisfeito com o tratamento que vinha recebendo da empresa que o havia contratado, dolosamente, nada faz para evitar a destruição da obra destinada a impedir inundação. Nesse caso, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, poderia ser responsabilizado pelo delito em estudo, via omissão imprópria.

8. PENA, AÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

O preceito secundário do art. 255 do Código Penal comina uma pena de reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Determina a primeira parte do art. 258 do Código Penal que *se do crime doloso de perigo comum resulta lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade é aumentada de metade; se resulta morte, é aplicada em dobro.*

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, considerando a pena mínima cominada ao delito em estudo.

9. DESTAQUES

9.1. Necessidade de perícia

Tendo em vista tratar-se de um crime que deixa vestígios, será necessária a produção de prova pericial, nos termos do art. 158 do Código de Processo Penal, que diz, *verbis*:

> **Art. 158.** Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

9.2. Concurso entre os delitos de inundação e perigo de inundação

Imagine a hipótese em que o agente, querendo, por exemplo, destruir uma barreira de contenção de águas, acabe, com isso, causando uma inundação, trazendo perigo para a vida, a integridade física e a propriedade de um número indeterminado de pessoas. Hungria, discorrendo sobre o tema, se pergunta e, ao mesmo tempo, responde: "*Quid juris*, se sobrevém a prevista, mas não querida inundação? O agente responderá por concurso formal de *perigo de inundação e inundação culposa*".[4]

4 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 50.

Embora o renomado autor não aceite, na esteira da posição doutrinária majoritária, a tentativa no delito de perigo de inundação, resolve a questão pelo concurso formal de crimes, o que nos parece paradoxal, *permissa venia*.

A resposta de Hungria à situação por nós colocada, na verdade, fortalece nosso raciocínio pela possibilidade de tentativa na infração penal prevista pelo art. 255, pois, se fosse considerado mero ato preparatório do delito de inundação, não poderia haver concurso entre as duas infrações penais.

Assim, entendemos que no caso de ocorrer a inundação, em virtude da conduta do agente que, por exemplo, destruiu uma obra destinada a impedi-la, deverá ser aplicada a regra do concurso formal de crimes, tal como preconizado por Hungria.

Capítulo 8

Desabamento ou Desmoronamento

Desabamento ou desmoronamento

Art. 256. Causar desabamento ou desmoronamento, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Modalidade culposa

Parágrafo único. Se o crime é culposo:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano.

1. INTRODUÇÃO

O art. 256 do Código Penal prevê o delito de *desabamento* ou *desmoronamento*. Analisando os elementos que integram a mencionada figura típica, podemos destacar os seguintes: a) a conduta de causar desabamento ou desmoronamento; b) expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem.

O núcleo *causar* é utilizado no texto legal no sentido de produzir, ocasionar, dar causa. Assim, o comportamento do agente é dirigido finalisticamente no sentido de causar desabamento ou desmoronamento. Bento de Faria, analisando com precisão os conceitos de desabamento e desmoronamento, preleciona:

> "*Causar desabamento* – é provocar a queda de qualquer construção suscetível de – *vir abaixo*: *edifícios, muros, pontes, monumentos, galerias, andaime etc.*
>
> O – *desmoronamento* – implica a mesma ideia, mas não usando a lei de palavras sinônimas e conceituando-o de modo distinto, havemos de considerar como tal, o ato determinante da *desagregação de partes* de alguma coisa: *v.g.*, da terra da montanha, quando se faz rodar uma barreira etc.
>
> Um e outro podem ser – *totais* ou *parciais*, pouco importando o vulto da construção ou o seu estado ruinoso ou a vetustez.

> São indiferentes os meios utilizados desde que causem o desabamento ou o desmoronamento, que podem ainda ser a causa das mesmas ocorrências em relação a outras construções anexas ou próximas".[1]

Trata-se, *in casu*, de delito de perigo comum, haja vista que, quando o agente provoca, dolosa ou culposamente, o desabamento ou o desmoronamento, expõe a perigo concreto a vida, a integridade física ou o patrimônio de um número indeterminado de pessoas.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso ou culposo; de perigo comum e concreto; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria na hipótese em que o agente, gozando do *status* de garantidor, dolosa ou culposamente, podendo, não impedir o desabamento ou desmoronamento); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa poderá ser *sujeito ativo* do delito de *desabamento* ou *desmoronamento*, tendo em vista que o tipo do art. 256 do Código Penal não exige nenhuma qualidade ou condição especial.

O sujeito passivo é a sociedade, incluindo-se nesse conceito aquelas pessoas que sofreram diretamente com a conduta praticada pelo sujeito ativo, vale dizer, que tiveram sua vida, sua integridade física ou seu patrimônio expostos à situação de perigo.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A incolumidade pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito do art. 256 do Código Penal.

O objeto material, seguindo as lições de Guilherme de Souza Nucci, é o "morro, pedreira ou semelhante".[2]

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Tratando-se de crime de perigo concreto, o delito de desabamento ou desmoronamento se consuma não somente quando o agente os produz, mas quando, em razão deles, expõe a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem.

1 FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro*, v. VI, p. 210-211.
2 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 875.

Será possível o reconhecimento da tentativa, haja vista a natureza plurissubsistente do delito, em que se pode fracionar o *iter criminis*.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo constante do art. 256 do Código Penal. Assim, o agente deve dirigir finalisticamente sua conduta no sentido de causar o desabamento ou desmoronamento sendo possível, ainda, o raciocínio relativo ao dolo eventual.

7. MODALIDADE CULPOSA

O parágrafo único do art. 256 prevê a modalidade culposa de desabamento ou desmoronamento, dizendo, *verbis*:

> **Parágrafo único.** Se o crime é culposo:
> Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano.

Assim, para que o agente seja responsabilizado, a título de culpa, pelo delito em estudo, além de deixar de observar o seu necessário dever objetivo de cuidado, deverá, ainda, com o seu comportamento, expor a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, pois, caso contrário, o fato poderá ser considerado como um indiferente penal.

8. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo *causar* pressupõe um comportameto comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria, na hipótese em que o agente, garantidor, dolosa ou culposamente, podendo, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, nada fizer para evitar a produção do resultado, ou seja, para evitar o desabamento ou desmoronamento, que coloca em risco a vida, a integridade física ou o patrimônio de um número indeterminado de pessoas.

9. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

Para o delito de desabamento ou desmoronamento praticado dolosamente, o preceito secundário do art. 256 do Código Penal comina uma pena de reclusão, de 1(um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Para a modalidade culposa, de acordo com o parágrafo único do mencionado artigo, foi prevista uma pena de detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano.

Determina o art. 258 do Código Penal que *se do crime doloso de perigo comum resulta lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade é*

aumentada de metade; se resulta morte, é aplicada em dobro. No caso de culpa, se do fato resulta lesão corporal, a pena aumenta-se de metade; se resulta morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito culposo de *desabamento ou desmoronamento*, pois a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, seja doloso, seja culposo o delito de desabamento ou desmoronamento.

10. DESTAQUES

10.1. Dano praticado por desabamento ou desmoronamento

Se a conduta do agente foi dirigida finalisticamente a produzir dano em coisa alheia, praticado por meio do comportamento de causar, por exemplo, desabamento, o fato poderá se amoldar à figura típica constante do art. 163 do Código Penal, caso não tenha sido colocada em risco a incolumidade pública.

Dessa forma, se a conduta, que tinha por finalidade destruir coisa alheia por desabamento trouxer perigo concreto para a vida, a integridade física ou o patrimônio de um número indeterminado de pessoas, o fato se subsumirá ao delito tipificado no art. 256 do Código Penal, que absorverá o delito de dano.

10.2. Desabamento de construção

A contravenção penal de *desabamento de construção* está prevista no art. 29 da Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688/41), *verbis*:

> **Art. 29.** Provocar o desabamento de construção ou, por erro no projeto ou na execução, dar-lhe causa:
>
> Pena – multa, se o fato não constitui crime contra a incolumidade pública.

A contravenção penal de desabamento de construção difere do crime de desabamento ou desmoronamento, levando em consideração a gravidade do fato. Na verdade, de acordo com o raciocínio da insignificância, não deveria mais existir a aludida contravenção, haja vista que, ou o fato assume a importância exigida pelo Direito Penal, configurando-se no delito previsto pelo art. 256 do estatuto repressivo, ou, caso não possuindo o necessário relevo, deveria ser considerado atípico, por ausência de tipicidade material.

10.3. Desabamento ou desmoronamento como meio para a prática do delito de homicídio

Se a finalidade do agente era, por meio do desabamento ou desmoronamento, causar a morte de alguém, e se com esse comportamento tiver também exposto a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem, deverá ser responsabilizado por homicídio qualificado (tentado ou consumado) em concurso formal com o delito previsto no art. 256 do Código Penal.

Caso não tenha havido perigo para a incolumidade pública, o dano causado pelo desabamento, que foi utilizado como meio para a prática do homicídio, será absorvido por este.

Capítulo 9

Subtração, Ocultação ou Inutilização de Material de Salvamento

Subtração, ocultação ou inutilização de material de salvamento

Art. 257. Subtrair, ocultar ou inutilizar, por ocasião de incêndio, inundação, naufrágio, ou outro desastre ou calamidade, aparelho, material ou qualquer meio destinado a serviço de combate ao perigo, de socorro ou salvamento; ou impedir ou dificultar serviço de tal natureza:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *subtração, ocultação ou inutilização de material de salvamento* vem tipificado no art. 257 do Código Penal. Pela redação da mencionada figura típica, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de *subtrair, ocultar* ou *inutilizar*; b) por ocasião de *incêndio, inundação, naufrágio*, ou outro desastre ou calamidade; c) aparelho, material ou qualquer meio destinado a serviço de combate a perigo, de socorro, ou salvamento; d) ou impedir ou dificultar serviço de combate a perigo, de socorro, ou salvamento.

Subtrair tem o significado de tirar, remover, apoderar-se, podendo essa subtração ser temporária ou permanente; *ocultar* importa em esconder, encobrir, não permitindo que sejam achados os objetos mencionados pelo tipo penal, impedindo, assim, a utilização deles; *inutilizar* é tornar imprestável a coisa ao fim a que era destinada.

Essas condutas devem ser praticadas por ocasião de incêndio, inundação, naufrágio ou outro desastre ou calamidade, e devem ter por objeto aparelho, material ou qualquer meio destinado a serviço de combate a perigo, de socorro ou salvamento.

De acordo com as precisas lições de Hungria,

> "os meios instrumentais sobre que recai a ação, na primeira hipótese, devem ser especificamente destinados ou manifestamente adequados ao serviço de debelação do perigo ou de salvamento (ex.: bombas de incêndio, caixas de alarma, extintores de fogo, salva-vidas, ambulâncias, padiolas, barcos, escadas, cordas, redes de salvamento, cisternas ou bocas d'água, medicamentos, desinfetantes etc.). Na segunda hipótese, o *impedimento* (frustração total ou parcial) ou *dificultação* (criação de embaraço ou de maior embaraço) pode ser praticado por meios *violentos* (emprego de força ou ameaça grave) ou *fraudulentos* (exs.: comunicação de falsas ordens, falsa indicação do local do sinistro etc.), *pessoais* ou *reais* (ex. dos últimos: destruição de uma ponte de comunicação com o local do desastre)".[1]

Cuida-se, *in casu*, de um tipo misto alternativo, no qual a prática de mais de um comportamento importará em infração penal única.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; de perigo comum e concreto; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria na hipótese em que o agente, gozando do *status* de garantidor, dolosamente, não impedir que o sujeito pratique qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo); de forma livre; instantâneo (no que diz respeito às condutas de *subtrair, inutilizar, impedir, dificultar*) e permanente (com relação à conduta de *ocultar*); monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa poderá ser *sujeito ativo* do delito de *subtração, ocultação ou inutilização de material de* salvamento, haja vista que o tipo do art. 257 do Código Penal não exige nenhuma qualidade ou condição especial.

O sujeito passivo é a sociedade.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A incolumidade pública é o bem juridicamente protegido pelo delito tipificado no art. 257 do Código Penal.

Aparelho, material ou qualquer meio destinado a serviço de combate ao perigo, de socorro ou salvamento constituem o objeto material do delito em estudo.

1 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 54.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Levando em consideração a sua natureza de crime de perigo comum e concreto, o delito de subtração, ocultação ou inutilização de material de salvamento se consuma quando o agente, após praticar um dos comportamentos previstos pelo tipo do art. 257 do Código Penal, expõe a perigo a incolumidade pública, vale dizer, a vida, a integridade física ou o patrimônio de um número indeterminado de pessoas.

Em sentido contrário, preleciona Noronha:

> "Consuma-se o crime, na primeira forma, tão logo o agente tenha subtraído, ocultado ou inutilizado o aparelho, material etc. mencionados no texto, mesmo que seja por pouca duração e ainda que a obra de salvamento etc. não tenha sido frustrada.
>
> Já na segunda modalidade, verifica-se a consumação quando, por efeito da ação do sujeito ativo, manifesta-se o impedimento e a dificuldade da prestação de serviços da espécie considerada".[2]

Apesar da posição do renomado penalista, adotada pela maioria de nossa doutrina, ousamos dele discordar, haja vista a necessidade de ser preservado o princípio da lesividade, que exige a comprovação de ofensa ao bem juridicamente protegido para efeitos de configuração típica.

Assim, imagine-se a hipótese daquele que, durante um incêndio, percebendo que no interior de um carro de bombeiros havia um número enorme de machados, que eram utilizados para derrubar obstáculos de forma geral, aproveitando-se de que o veículo se encontrava estacionado, bem como percebendo que todos os bombeiros estavam agindo no sentido de debelar o fogo, subtrai um dos machados. Pergunta-se: A conduta do sujeito, no caso concreto, teria trazido algum perigo para a incolumidade pública? A resposta só pode ser negativa, tendo em vista a existência, naquele local, de outros machados que poderiam ser utilizados, caso fossem necessários.

Nesse caso, o agente deverá responder tão somente pelo delito de furto, tendo em vista que o seu comportamento não trouxe perigo para a incolumidade pública.

Dessa forma, resumindo, somente se consumará a infração penal em estudo quando a prática de qualquer dos comportamentos típicos vier a colocar em perigo o bem juridicamente protegido pelo tipo.

Tratando-se de delito plurissubsistente, será possível o raciocínio correspondente à tentativa.

2 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 3, p. 348.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O delito de subtração, ocultação ou inutilização de material de salvamento somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos *subtrair*, *ocultar*, *inutilizar*, *impedir* e *dificultar* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, poderá o delito ser praticado via omissão imprópria, na hipótese em que o agente garantidor, dolosamente, nada fizer para evitar a prática de qualquer das condutas previstas pelo tipo. Assim, imagine-se a hipótese em que um policial, percebendo que, durante um incêndio, o agente se aproxima de um carro de bombeiros e dá início à subtração de um extintor que seria utilizado para debelar as chamas, mesmo podendo impedi-lo, dolosamente, permite que o sujeito leve a efeito a mencionada subtração. Nesse caso, poderá ser responsabilizado pelo delito tipificado no art. 257 do Código Penal, via omissão imprópria.

8. PENA E AÇÃO PENAL

O preceito secundário do art. 257 do Código Penal comina uma pena de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Determina o art. 258 do Código Penal que *se do crime doloso de perigo comum resulta lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade é aumentada de metade; se resulta morte, é aplicada em dobro.*

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

9. DESTAQUES

9.1. Concurso de crimes

Esclarece Hungria:

> "Se o próprio agente foi quem deu causa ao incêndio, inundação etc. responderá em concurso material, pelo crime de que ora se trata e o outro de perigo comum.
>
> Se o *processus* empregado constitui crime (furto, dano, constrangimento ilegal, violência física ou moral, resistência etc.), haverá, igualmente, concurso material".[3]

3 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 55.

9.2. Subtração sem que ocorra exposição a perigo comum

Tendo em vista o fato de que o delito tipificado no art. 257 do Código Penal se encontra inserido no capítulo correspondente aos crimes de perigo comum, para que se verifique a infração penal em estudo faz-se necessário comprovar que a conduta do agente trouxe, efetivamente, perigo a um número indeterminado de pessoas.

Caso contrário, se do comportamento praticado pelo agente não pudermos deduzir uma exposição a perigo, não restará caracterizado o delito de subtração, ocultação ou inutilização de material de salvamento, por mais que o seu comportamento tenha sido praticado por ocasião, por exemplo, de incêndio, inundação, naufrágio ou outro desastre ou calamidade.

Assim, como já deixamos antever, se o agente vier a subtrair um machado que se encontrava junto a tantos outros localizados no interior de um carro do corpo de bombeiros, se desse comportamento não se puder concluir, concretamente, pela exposição a perigo de um número indeterminado de pessoas e se a sua finalidade for a de ter a coisa alheia móvel para si ou para outrem, deverá responder pelo delito de furto; se tiver, por outro lado, a intenção de subtraí-lo para usá-lo momentaneamente, o fato deverá ser considerado atípico.

Capítulo 10

Majorantes nos Crimes de Perigo Comum

Formas qualificadas de crime de perigo comum

Art. 258. Se do crime doloso de perigo comum resulta lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade é aumentada de metade; se resulta morte, é aplicada em dobro. No caso de culpa, se do fato resulta lesão corporal, a pena aumenta-se de metade; se resulta morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço.

1. INTRODUÇÃO

Embora a rubrica constante do art. 258 do Código Penal utilize a expressão *formas qualificadas de crime de perigo comum*, pela redação do mencionado artigo podemos verificar que, tecnicamente, não estamos diante de qualificadoras, mas, sim, de causas especiais de aumento de pena, também conhecidas por majorantes.

Isso porque, como é cediço, para que se possa falar em qualificadora, a lei penal deverá nos fornecer, de antemão, as penas mínima e máxima (ou pelo menos uma delas) em quantidade superior àquelas constantes do *caput*, onde se encontra a denominada modalidade fundamental.

A primeira parte do art. 258 diz que se do crime doloso de perigo comum resulta lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade é aumentada de metade; se resulta morte, é aplicada em dobro.

Imagine-se a hipótese em que o agente tenha cometido dolosamente o delito de explosão e que do fato tenha, também, resultado a morte de alguém. Uma vez condenado o agente, ao aplicar a pena, o julgador deverá observar o critério trifásico previsto pelo art. 68 do Código Penal. Assim, atento ao mencionado artigo, deverá encontrar a chamada pena-base, que deverá ser fixada atendendo-se ao critério do art. 59 do mesmo diploma repressivo, que

elenca as circunstâncias judiciais. No caso em exame, o juiz, após analisar, uma a uma, todas as circunstâncias judiciais, determinará a pena-base, levando em consideração os limites mínimo e máximo, constantes do art. 251 do Código Penal, vale dizer, fixará a pena-base entre 3 (três) e 6 (seis) anos.

No momento seguinte, verificará a existência de circunstâncias atenuantes ou agravantes.

No terceiro momento do critério trifásico, levará em consideração as minorantes e majorantes. Aqui é que se deverá aplicar o percentual de aumento previsto pelo art. 258 do Código Penal, vale dizer, aumento de metade, se do crime doloso de perigo comum resultar lesão corporal de natureza grave, ou duplicar a pena, se ocorrer a morte de alguém, razão pela qual não podemos entender o mencionado artigo como qualificadora, mas, sim, como causa especial de aumento de pena (majorante).

2. PRETERDOLO

A primeira parte do art. 258 do Código Penal determina que se do crime doloso de perigo comum resulta lesão corporal de natureza grave, a pena privativa de liberdade é aumentada de metade; se resulta morte, é aplicada em dobro.

A pergunta que nos devemos fazer, neste momento, é a seguinte: Os resultados *lesão corporal de natureza grave* e *morte*, que fazem com que a pena-base aplicada seja especialmente agravada, deverão ser imputados ao agente a que título? Na verdade, com essa indagação queremos saber se os resultados poderão ser atribuídos ao agente, tanto a título de dolo quanto a título de culpa, e a resposta só pode ser pela última opção, ou seja, o agente somente terá sua pena majorada se, culposamente, vier a dar causa a um desses resultados, após a prática de um crime doloso de perigo comum

Assim, estamos diante do chamado *crime preterdoloso*, em que o agente atua com dolo na sua conduta e culpa no resultado agravador.

Caso tenha atuado, também, com dolo no que diz respeito à obtenção dos resultados lesão corporal de natureza grave e morte, deverá responder pelo delito de perigo comum, em concurso formal impróprio ou imperfeito com essas infrações penais, levando a efeito o raciocínio do cúmulo material, conforme preconiza a parte final constante do *caput* do art. 70 do Código Penal.

Patrícia Mothé Glioche Béze, dissertando sobre o tema, aduz, com precisão:

> "A segunda parte do art. 70 do Código Penal trata do concurso formal imperfeito ou impróprio, onde o agente também pratica vários crimes com uma única conduta; mas essas condutas são dolosas, com desígnios autônomos.

> Cabe aqui uma alusão ao sentido do que venha a ser desígnio e, também, desígnio autônomo.
>
> Se considerarmos a conduta pela visão finalista do crime, desígnio é a intenção, a finalidade desejada pelo agente com a prática da conduta. Seria até mais: desígnio é o fim almejado pelo agente, que coincide com o objeto de desvalor do crime doloso.
>
> A doutrina se inclina majoritariamente neste sentido, quando busca o significado jurídico da expressão 'desígnios autônomos', utilizada pelo legislador ao se referir ao concurso formal imperfeito. Diga-se de passagem, é o único momento em que o legislador trata, no concurso de crimes, da existência dos desígnios".[1]

3. MAJORANTES NOS CRIMES CULPOSOS DE PERIGO COMUM

A segunda parte do art. 258 do Código Penal determina que, no caso de culpa, se do fato resulta lesão corporal, a pena é aumentada de metade; se resulta morte, aplica-se a pena cominada ao homicídio culposo, aumentada de um terço.

Isso significa que a segunda parte do mencionado artigo terá aplicação somente nos casos em que o agente vier a praticar culposamente os delitos de incêndio (art. 250, § 2º), explosão (art. 251, § 3º), uso de gás tóxico ou asfixiante (art. 252, parágrafo único), inundação (art. 254) e desabamento ou desmoronamento (art. 256, parágrafo único), não se aplicando as referidas majorantes ao delito de difusão de doença ou praga (art. 259) que, embora constante do mesmo capítulo, vem localizado posteriormente às referidas causas de aumento de pena.

Assim, se do crime de perigo comum praticado culposamente resultar lesão corporal, o agente verá aumentada em metade a sua pena, no terceiro momento do critério trifásico previsto pelo art. 68 do Código Penal.

Se do fato culposo ocorrer a morte de alguém, será aplicada a pena relativa ao delito de homicídio culposo, aumentada de um terço.

4. CONCURSO DE CRIMES

O art. 258 do Código Penal, ao prever o resultado agravador – lesão corporal de natureza grave ou morte –, evitou, em muitas situações, o raciocínio relativo ao concurso de crimes.

1 BÉZE, Patrícia Mothé Glioche. *Concurso formal e crime continuado*, p. 86-87.

Cezar Roberto Bitencourt, analisando o tema, preleciona:

> "Em havendo várias vítimas, responderá o agente por apenas um delito qualificado pelo resultado, excluindo-se o concurso formal [...]. Se do crime resulta morte e lesão corporal, aplica-se a qualificadora da morte, por ser mais grave [...].
>
> Assim, havendo na lei penal (art. 258) expressa previsão da genérica qualificação dos crimes de *perigo comum* em decorrência de lesões pessoais ou de morte, não há como considerar separadamente tais resultados para admiti-los como figuras autônomas, ao lado do crime de perigo que as ensejou.
>
> Contudo, como o legislador brasileiro somente qualifica o crime de perigo coletivo doloso, quando houver morte ou lesão corporal grave, sobrevindo lesão corporal leve, será inevitável admitir o concurso de crimes: o de perigo comum e o do art. 129, § 6º, do Código Penal".[2]

2 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 4, p. 196.

CAPÍTULO 11
DIFUSÃO DE DOENÇA OU PRAGA

Difusão de doença ou praga

Art. 259. Difundir doença ou praga que possa causar dano a floresta, plantação ou animais de utilidade econômica:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Modalidade culposa

Parágrafo único. No caso de culpa, a pena é de detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *difusão de doença ou praga* vem tipificado no art. 259 do Código Penal. Pela análise da mencionada figura típica, podemos destacar os seguintes elementos: a) a conduta de *difundir*; b) doença ou praga; c) que possa causar dano a floresta, plantação ou animais de utilidade econômica.

O núcleo *difundir* é utilizado no texto legal no sentido de espalhar, disseminar, propagar etc.

Bento de Faria, com precisão, levando a efeito a distinção entre *doença* e *praga*, aduz:

> "A – *doença* – com referência às plantas e aos animais, é qualquer processo patológico determinante do seu enfraquecimento, degenerescência ou morte.
>
> Relativamente aos *animais*, são consideradas *doenças infecto-contagiosas*: a peste bovina, a febre aftosa, a raiva e a pseudo-raiva, a tuberculose, o carbúnculo hemático, o carbúnculo sintomático e a peripneumonia, as bruceloses, as salmoneloses, as pasteureloses, as tripanossomoses, as periplasmoses, a anaplasmose, o mormo, a encefalite enzoótica, a peste suína, a cravagem, a vaginite granulosa, a corisa gangrenosa, as coccidioses, a psitacose, a espiroguetose, a difteria, a peste das aves, as sarnas, o mixoma e a encefalite [...].

> Não osbtante, esse catálogo poderá ser alterado pelo ministro da Agricultura, de acordo com o resultado dos estudos e investigações científicas de quaisquer procedências.
>
> É mister, pois, se trate de moléstia de natureza *difusiva*, desde que somente por esse meio será possível realizar o evento previsto como punível.
>
> *Praga* – é um mal que não representa o processo e desenvolvimento mórbido da doença, mas traduz antes um surto maléfico e transeunte semelhante à epidemia.
>
> Assim, a *filoxera* (insetos hemípteros) ou outros insetos vários, a *lagarta rosada*, os *ácaros*, os *nematodes*, o *piolho*, os *criptogramos* e outros parasitos".[1]

Nota-se, portanto, pelas lições do renomado autor, que estamos diante de uma norma penal em branco, havendo necessidade de um complemento para que possam ser identificadas as doenças ou pragas que têm o condão de causar dano a floresta, plantação ou animais de utilidade econômica.

A conduta dolosa de disseminar doença ou praga deve ser dirigida finalisticamente a causar dano em *floresta*, *plantação* ou *animais de utilidade econômica*.

Por *floresta* devemos entender o terreno onde existe uma formação densa de árvores, onde as copas destas se tocam, havendo um espaço mínimo entre elas. No entanto, conforme adverte Érika Mendes de Carvalho,

> "estabelecer um conceito unívoco de floresta é tarefa difícil, vez que esta engloba um conjunto heterogêneo de formações vegetais, à exceção das áreas verdes urbanas, reguladas pelos planos diretores e leis municipais de uso do solo. De conseguinte, a floresta não é constituída apenas por árvores, mas antes encerra um complexo ecossistema do qual fazem parte arbustos, subarbustos, plantas herbácias, gramíneas, fungos e bactérias, bem como animais que nela têm *habitat*, 'formando no todo uma comunidade biológica em que cada um exerce e sofre ação de outros e do meio físico constituído pela atmosfera e pelo solo'".[2]

Plantação diz respeito à área onde são cultivadas plantas de utilidade, que possuam valor econômico; *animais de utilidade econômica*, a seu turno, são aqueles cuja criação interfere na economia nacional, a exemplo do gado bovino, caprino, suíno etc.

1 FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro*, v. VI, p. 216.

2 CARVALHO, Érika Mendes de. *Tutela penal do patrimônio florestal brasileiro*, p. 20.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso e culposo; de perigo comum e concreto; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria na hipótese em que o agente, gozando do *status* de garantidor, dolosamente, não impedir que o sujeito pratique o comportamento previsto pelo tipo); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa poderá ser *sujeito ativo* do delito de *difusão de doença ou praga*, haja vista que o tipo do art. 259 do Código Penal não exige nenhuma qualidade ou condição especial.

O *sujeito passivo* é a sociedade.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A incolumidade pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito do art. 259 do Código Penal.

O objeto material é a doença ou a praga difundida pelo agente.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Tem-se entendido majoritariamente que o delito de *difusão de doença ou praga* se consuma quando a doença ou a praga se difunde ou se propaga por obra do agente, configurando-se o perigo para a floresta, plantação ou animais de utilidade econômica, posição com a qual concordamos.

Não podemos aceitar, contudo, que estejamos diante de um crime de perigo abstrato, vale dizer, presumido, pois ofenderíamos, como já afirmamos, o princípio da lesividade. Entendemos ser de perigo concreto a infração penal em análise, devendo, no caso concreto, ser demonstrado, efetivamente, que a incolumidade pública foi exposta a perigo em virtude do comportamento levado a efeito pelo agente.

Tratando-se de um crime plurissubsistente, torna-se possível o raciocínio correspondente à tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *difusão de doença ou praga*.

7. MODALIDADE CULPOSA

O parágrafo único do art. 259 do Código Penal prevê a modalidade culposa de *difusão de doença ou praga* dizendo, *verbis:*

> **Parágrafo único.** No caso de culpa, a pena é de detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

Dessa forma, responderá pela modalidade culposa o agente que, deixando de observar o seu dever objetivo de cuidado, vier a difundir doença ou praga, expondo a perigo de dano a floresta, plantação ou animais de utilidade econômica.

8. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo *difundir* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria na hipótese em que o agente garantidor, dolosa ou culposamente, não impedir a propagação de doença ou praga que possa causar dano a floresta, plantação ou animais de utilidade econômica.

9. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada para a modalidade dolosa de *difusão de doença ou praga* é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Para a modalidade culposa, constante do parágrafo único do art. 259 do Código Penal, a pena é de detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito culposo de *difusão de doença ou praga*, pois a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, se culposo o delito de *difusão de doença ou praga.*

10. DESTAQUE

10.1. Revogação tácita do art. 259 do Código Penal pelo art. 61 da Lei nº 9.605/98

A Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, dispôs sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente.

Em seu Capítulo V, cuidou dos chamados *crimes contra o meio ambiente*, sendo ele dividido em seis seções. No art. 61, que se encontra inserido na Seção III (Da Poluição e Outros Crimes Ambientais), foi prevista figura típica semelhante e mais abrangente do que aquela tipificada no art. 259 do Código Penal, conforme se verifica pela sua redação, *verbis*:

> **Art. 61.** Disseminar doença ou praga ou espécies que possam causar dano à agricultura, à pecuária, à fauna, à flora ou aos ecossistemas:
>
> Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Não houve, no entanto, previsão para a modalidade de natureza culposa.

Em virtude da referida redação constante do art. 61 da Lei nº 9.605/98, parte de nossos doutrinadores,[3] a nosso ver com razão, se posicionou no sentido de entender como revogado tacitamente o art. 259 do Código Penal.

Dessa forma, após a entrada em vigor da Lei nº 9.605/98, já não mais se aplicaria o art. 259 do Código Penal quando o agente, dolosamente, viesse a difundir doença ou praga que pudesse causar dano a floresta, plantação ou animais de utilidade econômica.

Um detalhe que merece ser observado, concordando com o raciocínio da revogação tácita, é que as penas cominadas na Lei nº 9.605/98 são inferiores àquelas constantes do revogado art. 259 do Código Penal, tratando-se, pois, de *novatio legis in mellius*, devendo, outrossim, ter aplicação retroativa aos fatos que lhe antecederam, em obediência ao parágrafo único do art. 2º do Código Penal.

Se levarmos em consideração, ainda, a revogação total do art. 259, incluindo o seu parágrafo único, como a lei posterior, revogadora, não fez previsão da modalidade culposa, poderíamos raciocinar, ainda, em termos de *abolitio criminis* se o agente, culposamente, tivesse difundido ou disseminado doença ou praga que pudesse causar dano a floresta, plantação ou animais de utilidade econômica.

3 Nesse sentido, Luiz Regis Prado *(Crimes contra o ambiente*, p. 185) e Fernando Capez *(Curso de direito penal* – Parte especial, v. 3, p. 187).

Capítulo 12

Perigo de Desastre Ferroviário

Perigo de desastre ferroviário

Art. 260. Impedir ou perturbar serviço de estrada de ferro:

I – destruindo, danificando ou desarranjando, total ou parcialmente, linha férrea, material rodante ou de tração, obra de arte ou instalação;

II – colocando obstáculo na linha;

III – transmitindo falso aviso acerca do movimento dos veículos ou interrompendo ou embaraçando o funcionamento de telégrafo, telefone ou radiotelegrafia;

IV – praticando outro ato que possa resultar desastre:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Desastre ferroviário

§ 1º Se do fato resulta desastre:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 2º No caso de culpa, ocorrendo desastre:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

§ 3º Para os efeitos deste artigo, entende-se por estrada de ferro qualquer via de comunicação em que circulem veículos de tração mecânica, em trilhos ou por meio de cabo aéreo.

1. INTRODUÇÃO

Os delitos de *perigo de desastre ferroviário* e *desastre ferroviário* estão previstos pelo art. 260 e §§ 1º e 2º do Código Penal. O mencionado artigo encontra-se inserido no Capítulo II, relativo aos crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços públicos, que, por sua vez, encontra-se localizado no Título VIII da Parte Especial do Código Penal, que diz respeito aos crimes contra a incolumidade pública.

Dessa forma, a conduta do agente, para efeitos de reconhecimento da figura típica em estudo, deverá, no mínimo, trazer perigo a um número indeterminado de pessoas, sendo, portanto, considerada uma infração penal de perigo comum.

Além disso, estamos diante de um crime de perigo concreto, que deverá ser demonstrado caso a caso, não se podendo, outrossim, presumi-lo.

O art. 260 e incisos do Código Penal, traduzindo o delito de perigo de desastre ferroviário, apontam a conduta de *impedir* ou *perturbar* serviço de estrada de ferro. O núcleo *impedir* deve ser entendido no sentido de impossibilitar, interromper, obstruir, obstacular; *perturbar* não importa na interrupção do serviço, mas na sua prática de modo anormal, alterado, atrapalhado, dificultado pela ação do agente.

A lei penal entendeu por bem traduzir o conceito de *estrada de ferro* dizendo, por meio da norma penal explicativa constante do § 3º do art. 260 do Código Penal, ser ela qualquer via de comunicação em que circulem veículos de tração mecânica, em trilhos ou por meio de cabo aéreo, como, respectivamente, a do metrô, bondes e a filovia, isto é, a via de comunicação entre altitudes por meio de fios ou cabos aéreos, como ocorre no morro do Pão de Açúcar, na cidade do Rio de Janeiro.

As condutas de *impedir* e *perturbar* serviço de estrada de ferro podem ser levadas a efeito, de acordo com os incisos do mencionado artigo: I) destruindo, danificando ou desarranjando, total ou parcialmente, linha férrea, material rodante ou de tração, obra de arte ou instalação; II) colocando obstáculo na linha; III) transmitindo falso aviso acerca do movimento dos veículos ou interrompendo ou embaraçando o funcionamento de telégrafo, telefone ou radiotelegrafia; e IV) praticando outro ato de que possa resultar desastre.

Na primeira hipótese, segundo Noronha, o

> "meio de que lança mão o agente é, pois, a demolição, a subversão, o estrago, o desmonte etc., total ou parcial, de *linha férrea*, que compreende trilhos, dormentes e o leito; de *material rodante*, isto é, vagões, *trucks*; de *material de tração*, locomotivas, carros-motores; de *obras de arte*, túneis, pontes etc.; e obra de *instalação*, ou seja, cabines de bloqueio, chaves de desvio, aparelhos de sinalização e semelhantes".[1]

Na segunda modalidade, o agente, mediante a colocação de objetos na linha férrea, a exemplo de pedras, animais, toras de madeira, automóveis etc., impede ou perturba serviço de estrada de ferro.

O falso aviso, constante do inciso III do art. 260 do Código Penal, é a notícia que, sendo falsa, altera a regularidade do serviço, fazendo com que seja interrompido ou perturbado, gerando perigo de acidente; da mesma forma, cria situação considerável de risco à incolumidade pública o agente que interrompe

1 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 3, p. 359.

ou embaraça o funcionamento de telégrafo, telefone ou radiotelegrafia, não permitindo ou dificultando as comunicações necessárias ao bom funcionamento da estrada de ferro.

Determinou a lei penal, ainda, o recurso à interpretação analógica, dizendo cometer, também, o delito em estudo o agente que pratica outro ato de que possa resultar desastre.

Finalmente, cuida-se de um tipo misto alternativo. Assim, se o agente praticar mais de um comportamento previsto pelo tipo penal em estudo, somente deverá responder por uma única infração penal.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso e culposo (pois o § 2º do art. 260 do Código Penal prevê, expressamente, a conduta culposa praticada pelo agente, que veio a causar desastre); comissivo (podendo, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto; de forma vinculada (haja vista que o tipo penal especifica os modos pelos quais poderão ser praticados); instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* dos delitos de *perigo de desastre ferroviário* e *desastre ferroviário*, não exigindo o tipo penal do art. 260 nenhuma qualidade ou condição especial.

Sujeito passivo é a sociedade, principalmente aquelas pessoas que foram expostas a perigo, ou mesmo que sofreram algum tipo de dano em virtude da prática, pelo agente, da conduta prevista no tipo penal em estudo.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A incolumidade pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito tipificado no art. 260 do Código Penal, destacando-se a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços públicos.

O objeto material é a linha férrea, material rodante ou de tração, obra de arte ou instalação, telégrafo, telefone ou radiotelegrafia.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Cuidando-se de crime de perigo comum e concreto, o delito de perigo de desastre ferroviário se consuma quando o agente, após praticar qualquer dos

comportamentos previstos pelos incisos do art. 260 do Código Penal, coloca, efetivamente, em perigo a incolumidade pública, ou seja, o seu comportamento coloca em risco a vida, a integridade física ou o patrimônio de um número indeterminado de pessoas.

Tal situação de perigo deverá ser demonstrada no caso concreto, não se podendo presumi-la, em obediência ao princípio da lesividade.

Tratando-se de crime plurissubsistente, no qual se pode verificar o fracionamento do *iter criminis*, será possível o raciocínio relativo à tentiva.

A consumação e a possibilidade de tentativa no delito de desastre ferroviário serão analisadas em tópico próprio.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de perigo de desastre ferroviário.

Assim, a conduta do agente deve ser praticada, tendo ele o conhecimento de que, com o seu comportamento, cria uma situação de perigo à incolumidade pública.

Existe possibilidade de reponsabilização penal do agente a título de culpa, conforme veremos em seguida, desde que ocorra, efetivamente, o desastre.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

As condutas previstas pelo tipo penal *sub examen* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, poderão ser praticadas via omissão imprópria quando o agente, garantidor, dolosamente, podendo e devendo agir, nada fizer para evitar que o sujeito leve a efeito a sua conduta, que traz, efetivamente, uma situação de perigo à incolumidade pública.

Assim, imagine-se a situação em que um vigia, encarregado de policiar os trilhos de uma estrada de ferro, permita que o agente nele coloque um obstáculo, pois estava descontente com o tratamento que lhe é dispensado pela empresa ferroviária que o havia contratado. Nesse caso, ocorrendo, efetivamente, a situação de perigo, o agente que, podendo, dolosamente nada fez para evitá-lo, deverá responder, também, pelo delito em estudo, posto que o praticou via omissão imprópria.

8. DESASTRE FERROVIÁRIO (MODALIDADE QUALIFICADA)

O § 1º do art. 260 assevera, *verbis*:

> § 1º Se do fato resulta desastre:
>
> Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, e multa.

Prima facie, inicia o mencionado parágrafo valendo-se da seguinte expressão: *se do fato...* Isso significa que o agente praticou qualquer dos comportamentos analisados anteriormente, geradores de uma situação de perigo, que acabou se convertendo em dano, isto é, no desastre.

A primeira ressalva que devemos fazer é que o agente não pode querer, direta e imediatamente, o desastre, pois estamos diante de um crime preterdoloso, devendo o resultado – desastre – ser-lhe imputado a título de culpa.

A segunda observação diz respeito ao próprio conceito de desastre. Hungria, com precisão, esclarece:

> "não existe desastre sem uma situação de dano *grave*, *complexo* e *extenso* a pessoas (passageiros, pessoal do serviço ferroviário) ou coisas (cargas, material ferroviário). Se não há danos pessoais, nem relevante dano a coisas, o que se tem a configurar é o perigo de desastre (art. 260). Não basta, por exemplo, um descarrilamento, sem maiores consequências. Mesmo num caso de colisão de locomotivas, mas da qual, dada a oportunidade e violência do contravapor, não haja resultado senão mossas de parte a parte, não há identificar-se desastre".[2]

Maggiore, no mesmo sentido, também afirma:

> "Desastre ferroviário é todo acidente ferroviário grave, que vá contra a incolumidade das pessoas e a integridade das coisas, o que as expõe a risco.
>
> Nem todo acidente que prejudique os transportes ferroviários é desastre; é preciso que seja *grave* e *complexo*. Mas, nem por isso há de tratar-se de um sucesso extraordinário, excepcional e enorme, como se tem afirmado".[3]

Tendo em vista sua natureza de crime preterdoloso, somente haverá a consumação do delito tipificado no § 1º do art. 260 do Código Penal com a efetiva ocorrência do *desastre*. Caso contrário, a conduta do agente se amoldará ao delito de perigo constante do art. 260 e incisos do mesmo diploma repressivo.

Justamente por se tratar de um crime preterdoloso, em que a conduta do sujeito é dolosa, sendo-lhe o resultado (desastre) atribuído a título de culpa, é que não se pode cogitar de tentativa no delito de *desastre ferroviário*.

9. MODALIDADE CULPOSA

Existe previsão para a modalidade culposa no § 2º do art. 260, que diz:

> § 2º No caso de culpa, ocorrendo desastre:
>
> Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

2 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 71.

3 MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal* – Parte especial, v. III, p. 481.

Verifica-se, portanto, que o comportamento culposo levado a efeito pelo agente somente será punido se for produtor de desastre.

Assim, se o agente causar, tão somente, perigo de desastre, o fato por ele cometido deverá ser considerado como indiferente penal, a exemplo daquele que, negligentemente, não percebe que seu animal de grande porte está deitado por sobre os trilhos da estrada de ferro. Se o comportamento culposo não resultar em desastre, o fato será considerado atípico; ao contrário, se ocorrer o desastre, o agente deverá ser responsabilizado nos termos do § 2º do art. 260 do Código Penal.

10. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *perigo de desastre ferroviário* é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Para o delito de *desastre ferroviário*, a pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos, e multa.

No caso de culpa, ocorrendo desastre, a pena é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Determina o art. 263 do Código Penal que *se de qualquer dos crimes previstos nos arts. 260 a 262, no caso de desastre ou sinistro, resulta lesão corporal ou morte, aplica-se o disposto no art. 258.*

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito de *desastre culposo*, previsto no § 2º do art. 260 do Código Penal, tendo em vista que a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, também, no delito de desastre culposo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

11. DESTAQUES

11.1. Finalidade de dano e perigo de desastre ferroviário

Para que ocorra o delito de perigo de desastre ferroviário o agente não poderá agir, em nenhum instante, com o chamado dolo de dano, pois, nesse caso, restaria afastada aquela infração penal.

O seu dolo, portanto, deve resumir-se à prática de um comportamento que, sabidamente, é perigoso, tendo, portanto, potencialidade de dano que, embora previsto, em nenhum momento é querido diretamente, ou mesmo assumido pelo agente.

Se o sujeito, por exemplo, vier a sabotar os trilhos de uma linha de trem almejando que os passageiros que nele se encontrarem venham a morrer em virtude do descarrilamento, deverá ser responsabilizado pelo delito de homicídio, tentado ou consumado, e não pelo crime de perigo de desastre ferroviário, ou mesmo pelo delito tipificado no art. 260, § 1º, do Código Penal.

11.2. Sabotagem com finalidade política

Poderá o agente, agindo por motivações políticas, praticar, por exemplo, um ato de sabotagem, destruindo parte de uma linha férrea. Nesse caso, deverá ser responsabilizado pelo delito previsto no art. 15 da Lei nº 7.170/83, que definiu os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, *verbis*:

> **Art. 15.** Praticar sabotagem contra instalações militares, meios de comunicações, meios e vias de transporte, estaleiros, portos, aeroportos, fábricas, usinas, barragens, depósitos e outras instalações congêneres:
>
> Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.

11.3. Simulação de perigo

Para que se possa imputar a alguém a prática de uma infração penal de perigo, o agente deverá ter agido dolosamente no sentido de levar a efeito um comportamento, por ele sabidamente perigoso, criador de uma situação de risco, pois, caso contrário, se da sua conduta advier algum resultado, este poderá lhe ser imputado a título de culpa.

Nesse sentido, preleciona Hungria:

> "Dolo de perigo é a vontade conscientemente dirigida a um perigo *sério* ou *autêntico*, e não a um simulacro de perigo. *Fingir* um perigo é ação indiferente ao direito penal, salvo se, traduzindo em si mesma uma imprudência, der causa ao evento lesivo, pois, em tal hipótese, configurar-se-á um crime culposo (se a título de culpa for punível o fato)".[4]

Tomando de empréstimo o exemplo de Carrara, afirma o grande penalista:

> "Um vigia de linha, para obter o prêmio instituído pela companhia ferroviária a favor do empregado que impedisse algum desastre, simulou uma situação de perigo, deslocando os trilhos da linha, e, a seguir, correu a dar o sinal de alarma ao comboio que se aproximava. Não se apresenta, aqui, dolo de perigo, porque *simular* uma situação de perigo não é querê-la".[5]

4 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 67.
5 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 66.

11.4. Perigo de desastre ferroviário e a interrupção ou perturbação de serviço telegráfico ou telefônico prevista pelo art. 266 do Código Penal

A interrupção ou perturbação de serviço telegráfico, radiotelegráfico ou telefônico veio prevista, como delito autônomo, no art. 266 do Código Penal.

Como vimos, o inciso III do art. 260 do estatuto repressivo também fez menção a esse tipo de comportamento. Assim, como podemos identificar e, ao mesmo tempo, levar a efeito a diferença e, consequentemente, a subsunção típica desses dois comportamentos praticados?

Aqui, o princípio da especialidade terá o condão de resolver o problema. Assim, se a conduta de interromper ou embaraçar o funcionamento de telégrafo, telefone ou radiotelegrafia for cometida no sentido de impedir ou perturbar serviço de estrada de ferro, especificamente, o fato se amoldará ao tipo penal do art. 260; as demais hipóteses encontrarão moldura no art. 266 do Código Penal.

CAPÍTULO 13

ATENTADO CONTRA A SEGURANÇA DE TRANSPORTE MARÍTIMO, FLUVIAL OU AÉREO

Atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo

Art. 261. Expor a perigo embarcação ou aeronave, própria ou alheia, ou praticar qualquer ato tendente a impedir ou dificultar navegação marítima, fluvial ou aérea:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Sinistro em transporte marítimo, fluvial ou aéreo

§ 1º Se do fato resulta naufrágio, submersão ou encalhe de embarcação ou queda ou destruição de aeronave:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

Prática do crime com o fim de lucro

§ 2º Aplica-se, também, a pena de multa, se o agente pratica o crime com o intuito de obter vantagem econômica, para si ou para outrem.

Modalidade culposa

§ 3º No caso de culpa, se ocorre o sinistro:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo* está previsto pelo art. 261 do Código Penal. Mediante a análise da mencionada figura típica, podemos destacar os seguintes elementos: a) a conduta de expor a perigo embarcação ou aeronave, própria ou alheia; b) prática de qualquer ato tendente a impedir ou dificultar navegação marítima, fluvial ou aérea.

Inicialmente, tratando-se de um crime de perigo comum, que atinge um número indeterminado de pessoas, devemos entender que a conduta do agente é dirigida a embarcações ou aeronaves que efetuam o *transporte coletivo*, pois, caso contrário, poderia se configurar no tipo penal do art. 132 do diploma repressivo.

Embarcação, conforme esclarece Hungria, não é apenas o navio, senão "também qualquer outra construção flutuante destinada a transporte coletivo (de pessoas ou coisas), seja qual for a sua força motriz, sua forma ou composição".[1] *Aeronave*, segundo o art. 106 do Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei nº 7.565/86) "é todo aparelho manobrável em voo, que possa sustentar-se e circular no espaço aéreo, mediante reações aerodinâmicas, apto a transportar pessoas ou coisas". Analisando a denominação *aeronave*, Hungria, citando Hugo Simas, preleciona que se trata de uma

> "denominação genérica de veículo aéreo, que, se mais pesado que o ar, é *avião*, e se mais leve, *aeróstato*. O avião com asas fixas, chama-se *aeroplano*; com asas batentes, *ornitóptero*; com asas rotativas, *helicóptero*; com asas giratórias livres, *autogiro*. O *aeróstato*, por sua vez pode ser *balão* ('toda aeronave, cativa ou livre, que utilize como meio de sustentação na atmosfera um gás mais leve que o ar e que não dispõe de meios próprios de propulsão') ou *dirigível* ('toda aeronave que utilize como meio de sustentação na atmosfera um gás mais leve que o ar e dispõe de meios próprios de propulsão')".[2]

Também comete o delito previsto no art. 261 do Código Penal aquele que *pratica qualquer ato tendente a impedir ou dificultar navegação marítima, fluvial ou aérea. Navegação marítima* é aquela, de natureza coletiva, realizada pelos mares; *fluvial* é a que se leva a efeito nos rios; diz-se *aérea a navegação* quando ocorrer no espaço aéreo.

Impedir tem o significado de não permitir, interromper, obstruir a navegação marítima, fluvial ou aérea; *dificultar* significa embaraçar, criar empecilho, atrapalhar etc.

Merece ser destacado que o tipo penal em estudo não abrangeu a chamada *embarcação lacustre*, isto é, aquela que se faz em lagos e lagoas. Nessa hipótese, poderá ser aplicado o art. 262 do Código Penal, que prevê o delito de *atentado contra a segurança de outro meio de transporte*.

Embora exista divergência doutrinária, entendemos que tanto a primeira (exposição a perigo de embarcação ou aeronave, própria ou alheia) quanto a segunda parte (praticar qualquer ato tendente a impedir ou dificultar navegação marítima, fluvial ou aérea) do *caput* do art. 261 do Código Penal preveem um

1 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 80.
2 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 80.

delito de perigo comum e concreto. Assim, para que ocorra o delito em estudo, a conduta do agente deve expor um número indeterminado de pessoas a uma situação efetiva de perigo, não se podendo, outrossim, simplesmente presumi-lo em razão da prática de qualquer das condutas previstas pelo tipo penal.

Dessa forma, poderá o agente ter atrapalhado a navegação fluvial, mas não ter colocado em risco a vida, a integridade física ou o patrimônio das pessoas que se encontravam, por exemplo, na embarcação, sendo, portanto, atípico o seu comportameto. Não podemos abrir mão desse raciocínio, haja vista a necessidade de levarmos a efeito uma interpretação sistêmica do tipo penal em exame, uma vez que ele está inserido no Título VIII da Parte Especial, que prevê os crimes contra a *incolumidade pública*. Assim, se não houver perigo para a incolumidade pública, não haverá possibilidade de se reconhecer o delito.

São exemplos da prática do delito de *atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo*, segundo Hungria:

> "provocar o abalroamento ou colisão de embarcações ou aeronaves, ou o investimento de umas ou outras contra resistências passivas; fazer brecha em embarcação, ensejando a invasão das águas; destruir ou remover aparelhos ou peças indispensáveis à orientação ou segurança da embarcação ou aeronave; apagar, inutilizar ou deslocar sinais guiadores; remover boias ou faróis; colocar falsos faróis, ou transmitir falsos avisos; tornar impraticável algum ancoradouro ou campo de pouso etc. etc. Não importa que a embarcação ou aeronave esteja em viagem ou em voo, ou ancorada ou em pouso. Como se vê do texto legal, é indiferente que a embarcação ou aeronave seja alheia ou de propriedade do agente: o que é necessário é que sirva de transporte coletivo".[3]

Cuida-se, ainda, de um tipo misto alternativo, devendo o agente responder, tão-somente, por uma única infração penal, mesmo que venha a praticar mais de um comportamento previsto pelo tipo.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso e culposo (pois o § 3º do art. 261 do Código Penal prevê, expressamente, a conduta culposa praticada pelo agente, produtora do sinistro); comissivo (podendo, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto; de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

3 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 81-82.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo,* podendo, inclusive, ser o proprietário da embarcação ou aeronave, não exigindo o tipo penal do art. 261 nenhuma qualidade ou condição especial.

O sujeito passivo é a sociedade, principalmente, em caso de sinistro, aquelas pessoas que foram expostas a perigo, ou mesmo que sofreram algum tipo de dano em virtude da prática, pelo agente, de uma das condutas previstas no tipo penal em estudo.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A incolumidade pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo do art. 261 do Código Penal, destacando-se a segurança dos transportes marítimo, fluvial e aéreo.

O objeto material é a embarcação ou aeronave contra a qual é dirigida a conduta do agente.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Cuidando-se de um crime de perigo comum e concreto, o delito de *atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo* se consuma quando o agente, após praticar qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo do art. 261 do Código Penal, coloca, efetivamente, em perigo a incolumidade pública, ou seja, o seu comportamento coloca em risco a vida, a integridade física ou o patrimônio de um número indeterminado de pessoas, mesmo quando pratica qualquer ato tendente a impedir ou dificultar navegação marítima, fluvial ou aérea.

Tal situação de perigo deverá ser demonstrada no caso concreto, não se podendo presumi-la, em obediência ao princípio da lesividade.

Tratando-se de um crime plurissubsistente, no qual se pode verificar o fracionamento do *iter criminis*, será possível o raciocínio relativo à tentativa.

A consumação e a possibilidade de tentativa no delito de *sinistro em transporte marítimo, fluvial ou aéreo*, previsto no § 1º do art. 261 do Código Penal, serão analisadas em tópico próprio.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo.*

Assim, a conduta do agente deve ser praticada, tendo ele o conhecimento de que, com o seu comportamento, cria uma situação de perigo à incolumidade pública.

Existe possibilidade de responsabilização penal do agente a título de culpa, conforme veremos em seguida, desde que ocorra, efetivamente, o sinistro.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

As condutas previstas pelo tipo penal *sub examen* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, poderão ser praticadas via omissão imprópria quando o agente, garantidor, dolosamente, podendo e devendo agir, nada fizer para evitar que o sujeito leve a efeito a sua conduta, que traz, efetivamente, uma situação de perigo à incolumidade pública.

Se, de forma culposa, nada fizer para impedir a ocorrência do sinistro, poderá ser penalmente responsabilizado, em virtude do § 3º do art. 261, c/c o § 2º do art. 13, todos do Código Penal.

8. SINISTRO EM TRANSPORTE MARÍTIMO, FLUVIAL OU AÉREO (MODALIDADE QUALIFICADA)

Aduz o § 1º do art. 261, *verbis*:

> § 1º Se do fato resulta naufrágio, submersão ou encalhe de embarcação ou a queda ou destruição de aeronave:
>
> Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

Considerando que estamos diante de um crime de perigo, o resultado mencionado pelo parágrafo acima transcrito somente pode ser imputado ao agente a título de culpa. Isso significa que não poderá o agente atuar com o dolo de fazer naufragar, submergir etc., pois, se assim o fizer, estará agindo com dolo de dano, incompatível com a natureza dos crimes de perigo.

Dessa forma, embora exista posição em contrário, somos partidários da corrente que entende que no § 1º do art. 261 do Código Penal estamos diante de um crime eminentemente *preterdoloso*. A conduta, portanto, deve ser dirigida à produção de uma situação de perigo, sendo o resultado dano atribuído ao agente a título de culpa.

A rubrica constante do § 1º do art. 261 do Código Penal faz alusão a *sinistro*, querendo isso significar a ocorrência de um desastre, que venha causar dano, especificamente, em transporte marítimo, fluvial ou aéreo.

Naufrágio, seguindo as lições de Luiz Regis Prado,

> "é a perda – total ou parcial – do navio por qualquer causa – por exemplo, abalroamento, colisão, investimento contra bancos de areia, explosão, incêndio etc. –, o que conduz ao rompimento, encalhe, tombamento, afundamento, ou ruína da embarcação. *Submersão* é o afundamento – parcial ou total – da embarcação. *Encalhe* é o impedimento à flutuação, verificando-se usualmente quando a quilha do navio se

encaixa em banco de areia ou qualquer outro obstáculo. *Queda* da aeronave é a sua precipitação ou projeção ao solo ou sobre as águas; *destruição*, o seu perecimento, parcial ou total".[4]

9. MODALIDADE CULPOSA

Diz o § 3º do art. 261 do Código Penal, *verbis*:

> § 3º No caso de culpa, se ocorre o sinistro:
> Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Verifica-se, portanto, que o comportamento culposo levado a efeito pelo agente somente será punido se vier a ocorrer o sinistro.

Assim, se o agente, de forma culposa, expuser a perigo embarcação ou aeronave, própria ou alheia, ou mesmo impedir ou dificultar navegação marítima, fluvial ou aérea, se desse fato não advier sinistro, seu comportamento será considerado um indiferente penal, vale dizer, atípico.

Conforme salienta Ney Moura Teles,

> "deve haver nexo causal entre o perigo criado pela conduta e o sinistro. Aquela deve ser a causa do sinistro. Além disso, este deve ter sido previsível para o agente que, necessariamente, terá atuado com negligência, imprudência ou imperícia. O piloto ou proprietário da aeronave voo, age com negligência e, se dessa conduta resultar a queda do avião, comete o crime de sinistro culposo".[5]

10. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo* é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Para o delito de *sinistro em transporte marítimo, fluvial ou aéreo*, a pena é de reclusão, de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

No caso de culpa, ocorrendo o *sinistro*, a pena é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Nos termos do § 2º do art. 261 do Código Penal, *aplica-se, também, a pena de multa, se o agente pratica o crime com intuito de obter vantagem econômica, para si ou para outrem.*

4 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal*, v. 3, p. 494.
5 TELES, Ney Moura. *Direito penal*, v. 3, p. 223.

Determina o art. 263 do Código Penal que *se de qualquer dos crimes previstos nos arts. 260 a 262, no caso de desastre ou sinistro, resulta lesão corporal ou morte, aplica-se o disposto no art. 258.*

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento da modalidade culposa, prevista no § 3º do art. 261 do Código Penal, tendo em vista que a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, também na modalidade culposa, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

11. DESTAQUE

11.1. Abuso na prática da aviação

A contravenção relativa ao abuso na prática da aviação vem tipificada no art. 35 da Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688/41), que diz:

> **Art. 35.** Entregar-se, na prática da aviação, a acrobacias ou a voos baixos, fora da zona em que a lei o permite, ou fazer descer aeronave fora dos lugares destinados a esse fim:
> Pena – prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, ou multa.

Esclarece Marcello Jardim Linhares que *acrobacia*, na técnica aeronáutica, "é a série de figuras em que o avião, perfeitamente controlado, descreve trajetórias e se coloca em posições anormais. Para realizá-la é preciso aperfeiçoar-se na prática da pilotagem e adquirir sobre o aparelho absoluta capacidade de domínio".[6]

A diferença entre a contravenção penal tipificada no art. 35 do Decreto-Lei nº 3.688/41 e o crime de atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo reside no fato de que as manobras acrobáticas envolvem um risco controlado pelo sujeito que as realiza, sendo um *minus* em relação ao comportamento previsto pelo art. 261 do Código Penal.

No entanto, nada impede que a acrobacia se amolde à figura típica constante do art. 261 do Código Penal, desde que realizada por pessoa sem a necessária capacidade e conhecimento para tanto, gerando, assim, perigo para a incolumidade pública.

6 LINHARES, Marcello Jardim. *Contravenções penais*, v. 1, p. 301.

11.2. Caso do jato executivo *Legacy*

"Penal. Conflito de competência. Acidente aéreo. Atentado contra a segurança de transporte aéreo. Inobservância de lei, regulamento ou instrução e homicídio culposo. Delitos praticados por militares, controladores de voo. Crimes de natureza militar e comum. Desmembramento. Princípio do *ne bis in idem*. Inexistência de conflito.

1. Não ofende o princípio do *ne bis in idem* o fato dos controladores de voo estarem respondendo a processo na Justiça Militar e na Justiça comum pelo mesmo fato da vida, qual seja o acidente aéreo que ocasionou a queda do Boeing 737/800 da Gol Linhas Aéreas no Município de Peixoto de Azevedo, no Estado do Mato Grosso, com a morte de todos os seus ocupantes, uma vez que as imputações são distintas.

2. Solução que se encontra, *mutatis mutandis*, no enunciado da Súmula nº 90/STJ: 'Compete à Justiça Militar processar e julgar o policial militar pela prática do crime militar, e à Comum pela prática do crime comum simultâneo àquele'.

3. Conflito não conhecido" (STJ, CC 91016/MT, 3ª Seção, Rel. Min. Paulo Gallotti, j. 27/2/2008, *DJe* 25/3/2008, *RJP* 21, p. 116).

CAPÍTULO 14

ATENTADO CONTRA A SEGURANÇA DE OUTRO MEIO DE TRANSPORTE

Atentado contra a segurança de outro meio de transporte

Art. 262. Expor a perigo outro meio de transporte público, impedir-lhe ou dificultar-lhe o funcionamento:

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

§ 1º Se do fato resulta desastre, a pena é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

§ 2º No caso de culpa, se ocorre desastre:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *atentado contra a segurança de outro meio de transporte* vem tipificado no art. 262 do Código Penal. Pela redação típica, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de expor a perigo outro meio de transporte público; b) impedindo-lhe ou dificultando-lhe o funcionamento.

A finalidade do art. 262 do Código Penal é proteger os demais meios de transporte público, isto é, de natureza coletiva, não abrangidos pelos arts. 260 e 261 do mesmo diploma legal. Nos referidos artigos, foram objeto de proteção específica o serviço de transporte nas estradas de ferro, o marítimo, o fluvial e o aéreo. Agora, a proteção se dirige aos demais meios, a exemplo do transporte viário, lacustre, os realizados por meio de ascensores públicos, como acontece em Salvador, onde um elevador faz a comunicação entre as cidades baixa e alta etc.

Enfim, basicamente, podemos entender o art. 262 como uma "vala comum" para as situações não abrangidas pelos arts. 260 e 261 do Código Penal. Qualquer outro meio de transporte público encontra-se, portanto, protegido pela norma do art. 262 do Código Penal.

Por *transporte público* devemos entender não somente aquele prestado pelo Estado (União, Estado, Município ou Distrito Federal), mas, sim, o levado a efeito no interesse da coletividade, mesmo que realizado por particulares. Assim, por exemplo, a condução de ônibus escolares, a travessia de balsas que tem por finalidade fazer a ligação entre os dois extremos de uma lagoa, os veículos puxados por animais etc.

Na verdade, por meio da expressão *outro meio de transporte* devemos fazer uma interpretação extensiva no mencionado tipo penal, com a finalidade de abarcar todo transporte público não previsto pelos artigos anteriores.

Embora haja controvérsia a respeito, entendemos que o delito de *atentado contra a segurança de outro meio de transporte* deverá ser considerado uma infração penal de perigo comum e concreto, pois o Capítulo II encontra-se inserido no Título VIII da Parte Especial, que prevê os crimes contra a incolumidade pública. Assim, para que se configure o delito em estudo, o agente deve expor a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de um número indeterminado de pessoas, mesmo quando pratica as condutas de impedir ou dificultar o funcionamento de meio de transporte público, perigo esse que deverá ser demonstrado caso a caso, em obediência ao princípio da lesividade.

Dessa forma, não podemos concordar, por exemplo, com Paulo José da Costa Júnior, quando sentencia que "o perigo a que se refere a primeira modalidade é concreto, devendo ser comprovado. O perigo da modalidade restante se presume".[1]

Cuida-se, ainda, de um tipo misto alternativo, em que a prática de mais de uma conduta por ele prevista importará em infração penal única.

Mediante uma comparação entre as penas cominadas nos arts. 260, 261 e 262 do Código Penal, percebe-se que a lei penal valorou menos gravemente o atentado contra a segurança de outro meio de transporte que não o ferroviário, marítimo, fluvial ou aéreo, talvez pelo fato de que nesses últimos exista a probabilidade de dano a um número maior de pessoas, em razão do meio de transporte eleito.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso e culposo (pois o § 2º do art. 262 do Código Penal prevê, expressamente, a conduta culposa praticada pelo agente, produtora do desastre); comissivo (podendo, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto; de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

1 COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal objetivo*, p. 531.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *atentado contra a segurança de outro meio de transporte,* podendo, inclusive, ser o proprietário dos veículos de transporte público, não exigindo o tipo penal do art. 262 nenhuma qualidade ou condição especial.

O *sujeito passivo* é a sociedade, principalmente, em caso de desastre, aquelas pessoas que foram expostas a perigo ou, mesmo, que sofreram algum tipo de dano em virtude da prática, pelo agente, da conduta prevista no tipo penal em estudo.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A incolumidade pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo do art. 262 do Código Penal, destacando-se a segurança de outro meio de transporte que não seja ferroviário, marítimo, fluvial ou aéreo, já tutelados pelos artigos anteriores.

O objeto material é o meio de transporte público não abrangido pelos artigos antecedentes, constantes do Capítulo II do Título VIII da Parte Especial do Código Penal.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Cuidando-se de um crime de perigo comum e concreto, o delito de *atentado contra a segurança de outro meio de transporte* se consuma quando o agente, após praticar qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo do art. 262 do Código Penal, coloca, efetivamente, em perigo a incolumidade pública, ou seja, o seu comportamento coloca em risco a vida, a integridade física ou o patrimônio de um número indeterminado de pessoas, mesmo quando pratica qualquer ato que impede ou dificulta o funcionamento do meio de transporte público.

Tal situação de perigo deverá ser demonstrada no caso concreto, não se podendo presumi-la, em obediência ao princípio da lesividade.

Tratando-se de crime plurissubsistente, no qual se pode verificar o fracionamento do *iter criminis*, será possível o raciocínio relativo à tentativa.

A consumação e a possibilidade de tentativa quando ocorre o desastre, previsto no § 1º do art. 262 do Código Penal, serão analisadas em tópico próprio.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *atentado contra a segurança de outro meio de transporte.*

Assim, a conduta do agente deve ser praticada, tendo ele o conhecimento de que, com o seu comportamento, cria uma situação de perigo à incolumidade pública.

Existe a possibilidade de responsabilização penal do agente a título de culpa, conforme veremos em seguida, desde que ocorra, efetivamente, o desastre.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

As condutas previstas pelo tipo penal *sub examen* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, poderão ser praticadas via omissão imprópria quando o agente, garantidor, dolosamente, podendo e devendo agir, nada fizer para evitar que o sujeito leve a efeito sua conduta, que traz, efetivamente, uma situação de perigo à incolumidade pública.

Se, de forma culposa, nada fizer para impedir a ocorrência do desastre, poderá ser penalmente responsabilizado, em virtude do § 2º do art. 262, c/c o § 2º do art. 13, todos do Código Penal.

8. MODALIDADE QUALIFICADA

O § 1º do art. 262 do Código Penal preconiza, *verbis*:

> § 1º Se do fato resulta desastre, a pena é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Considerando que estamos diante de um crime de perigo, o resultado mencionado pelo parágrafo acima transcrito somente poderá ser imputado ao agente a título de culpa. Isso significa que não poderá o agente atuar com o dolo de dano, incompatível com a natureza dos crimes de perigo.

Dessa forma, embora exista posição em contrário, somos partidários da corrente que entende que no § 1º do art. 262 do Código Penal estamos diante de um crime eminentemente *preterdoloso*. A conduta, portanto, deve ser dirigida à produção de uma situação de perigo, sendo o resultado dano – desastre – atribuído ao agente a título de culpa.

9. MODALIDADE CULPOSA

Diz o § 2º do art. 262 do Código Penal, *verbis*:

> § 2º No caso de culpa, se ocorre desastre:
> Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

Verifica-se, portanto, que o comportamento culposo levado a efeito pelo agente somente será punido se vier a ocorrer o desastre.

Assim, se o agente, de forma culposa, expuser a perigo outro meio de transporte público que não os previstos nos arts. 260 e 261 do Código Penal, e se desse fato não resultar desastre, seu comportamento será considerado um indiferente penal, vale dizer, atípico.

10. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *atentado contra a segurança de outro meio de transporte* é de detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

Para a modalidade qualificada, a pena é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

No caso de culpa, ocorrendo o *desastre*, a pena é de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

Determina o art. 263 do Código Penal que *se de qualquer dos crimes previstos nos arts. 260 a 262, no caso de desastre ou sinistro, resulta lesão corporal ou morte, aplica-se o disposto no art. 258.*

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento das modalidades simples e culposa, previstas no *caput* e no § 2º do art. 262 do Código Penal, tendo em vista que as penas máximas cominadas em abstrato não ultrapassam o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, também nas modalidades simples e culposa, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

11. DESTAQUE

11.1. Concurso com o delito de homicídio

Pode ocorrer que a conduta praticada contra o meio de transporte tenha por finalidade, por exemplo, causar a morte de alguém.

Nessa hipótese, se, além do resultado morte alcançado pelo agente, houver a exposição a perigo de um número indeterminado de pessoas, poderá ser levado a efeito o raciocínio relativo ao concurso formal impróprio de crimes, devendo o sujeito, embora praticando uma conduta única, produtora de dois resultados, ter suas penas cumuladas, conforme determina a parte final do art. 70 do Código Penal.

Capítulo 15
Arremesso de Projétil

Arremesso de projétil

Art. 264. Arremessar projétil contra veículo, em movimento, destinado ao transporte público por terra, por água ou pelo ar:

Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses.

Parágrafo único. Se do fato resulta lesão corporal, a pena é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos; se resulta morte, a pena é a do art. 121, § 3º, aumentada de um terço.

1. INTRODUÇÃO

O Código Penal, por meio de seu art. 264, tipifica o delito de *arremesso de projétil*, podendo-se destacar, de acordo com a redação legal, os seguintes elementos: a) a conduta de arremessar projétil; b) contra veículo, em movimento; c) destinado ao transporte público; e d) que é realizado por terra, água ou pelo ar.

O núcleo *arremessar* tem o significado de atirar, arrojar, lançar com força, que pode ser levado a efeito manualmente ou por meio de aparelhos.

O *projétil* é o meio de que se vale o agente na prática da infração penal. Por projétil deve ser entendido qualquer objeto capaz de causar dano, a exemplo de pedras, garrafas, pedaços de pau etc., haja vista que estamos diante de um crime contra a incolumidade pública. Assim, não se poderá subsumir à mencionada figura típica o arremesso, *v.g.*, de ovos ou tomates.

Existe discussão doutrinária sobre a natureza desse projétil, isto é, se somente os objetos sólidos poderão fazer parte desse conceito, ou se também abrange os objetos líquidos, mas que tenham potencialidade de dano. Hungria, filiando-se a essa última posição, afirma, a nosso ver com razão, que "aos projetis se equiparam os líquidos corrosivos, como, por exemplo, vitríolo".[1] Em sentido contrário, justifica Fragoso, dizendo que a palavra projétil está empregada no texto "significando qualquer objeto sólido e pesado que se move no espaço,

1 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 86.

abandonado a si próprio, depois de receber impulso [...]. Não é possível, sem recorrer à analogia, equiparar os líquidos corrosivos ao projétil (salvo se estiverem contidos em recipiente sólido)".[2]

Determina, ainda, o art. 264 do Código Penal que o veículo contra o qual é arremessado o projétil deve estar em *movimento*, não importando, aqui, a velocidade dele. Alguns autores tentam justificar a limitação típica sob o argumento de que, com o veículo em movimento, a conduta praticada pelo agente importaria em maior perigo de dano, quando à força do arremesso se acrescenta a da tração do veículo,[3] além de causar pânico às pessoas que nele se encontram. Embora não concordemos com esses argumentos, tendo em vista que quando o agente faz o arremesso, por exemplo, contra um veículo de transporte coletivo que se encontra cheio de passageiros, parado em um posto de ônibus, o perigo possa ser ainda maior do que quando estiver em movimento, não podemos, agora, em sede de interpretação, ampliar a figura típica com a aplicação da chamada analogia *in malam partem*, em virtude da proibição contida no brocardo do *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*. Dessa forma, somente o arremesso de projétil contra veículo *em movimento* caracteriza a figura típica em estudo. Se o veículo estiver parado ou estacionado, o fato poderá ser desclassificado, por exemplo, para o delito de dano, dependendo da identificação do dolo do agente. No que diz respeito ao veículo parado, Guilherme de Souza Nucci posiciona-se pela configuração do delito, argumentando:

> "O tipo penal refere-se, expressamente, à necessidade de estar o veículo em deslocamento. Parece-nos, no entanto, que tal expressão não pode ter o seu significado restringido, pois o veículo parado num congestionamento está em movimento, levando pessoas de um local a outro, embora, momentaneamente, não esteja em marcha. Assim, somente não se configura o tipo penal do art. 264 quando o veículo estiver estacionado".[4]

O veículo deverá, ainda, estar a serviço de transporte público, isto é, transporte coletivo, ficando afastados, nesse caso, os veículos particulares, mesmo que em seu interior se encontrem várias pessoas. Assim, por exemplo, arremessar uma pedra contra um ônibus em movimento se configuraria, em tese, no delito tipificado no art. 264 do Código Penal, ao contrário do fato de ter o agente feito o mesmo arremesso, só que em direção a um automóvel particular que se encontrava ocupado por cinco pessoas, pois o transporte, neste último caso, não possuía a natureza pública, coletiva.

Não importa que o prestador do serviço de transporte seja pessoa jurídica de direito público ou mesmo um particular. O que exige a lei é que o transporte tenha essa natureza pública. Assim, se houver concessão de serviço público, ou mesmo

2 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal* – Parte especial, v. 2, p. 191.

3 Nesse sentido, Edgard Magalhães Noronha. *Direito penal*, v. 3, p. 375.

4 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 885 – 886.

não existir qualquer contrato com a administração pública, mas se o transporte for realizado com essa finalidade coletiva, a exemplo do que ocorre com os ônibus escolares que possuem, tão somente, permissão dos poderes públicos para prestar esse serviço de natureza coletiva, o crime poderá se configurar.

Esse transporte público poderá ser tanto de pessoas como de coisas, haja vista que o conceito de incolumidade pública abrange tanto um quanto outro, conforme vimos em nossa introdução ao Título VIII da Parte Especial do Código Penal, não importando o modo de tração, isto é, se mecânico ou mesmo animal.

O art. 264 do diploma repressivo abrangeu qualquer tipo de transporte público realizado por *terra* (rodovias, ferrovias etc.), por *água* (marítimos, fluviais, lacustres) ou pelo *ar*.

Embora a maioria da doutrina o compreenda como um crime de perigo abstrato, acreditamos que estamos diante de uma infração penal de perigo concreto, que deverá ser demonstrado caso a caso, em obediência, pois, ao princípio da lesividade. Assim, se no caso concreto ficar demonstrado que o arremesso do projétil levado a efeito pelo agente não expôs a perigo a incolumidade pública, o fato deverá ser considerado como um indiferente penal.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto; de forma vinculada (haja vista que a lei penal determina a sua prática mediante arremesso de projétil); instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente (embora exista divergência doutrinária nesse sentido, conforme veremos no tópico relativo à consumação e à tentativa); não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *arremesso de projétil*, não exigindo o tipo penal do art. 264 nenhuma qualidade ou condição especial.

O *sujeito passivo* é a sociedade, principalmente as pessoas que foram expostas diretamente ao perigo criado pelo arremesso de projétil levado a efeito pelo agente.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A incolumidade pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo do art. 264 do Código Penal.

O objeto material é o veículo em movimento, contra o qual foi dirigida a conduta praticada pelo agente.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Tratando-se de crime de perigo concreto, segundo nosso posicionamento (minoritário), o delito tipificado no art. 264 se consuma quando o arremesso de projétil expõe a perigo a incolumidade pública. Não basta, portanto, o simples arremesso de um objeto contra um veículo de transporte público que esteja em movimento. É preciso que esse comportamento, no caso concreto, tenha, efetivamente, trazido uma situação de perigo à incolumidade pública.

Damásio de Jesus, seguindo a corrente majoritária, analisando o delito em estudo, chega a afirmar que o delito se consuma "com o lançamento do projétil ao veículo em movimento, ainda que não o consiga atingir".[5] No mesmo sentido, Cezar Roberto Bitencourt, quando diz que o crime se consuma "com o simples arremesso, não sendo necessário que o objeto atinja o alvo, desde que se trate de objeto idôneo a produzir perigo comum. Ao contrário dos crimes descritos nos artigos anteriores, trata-se de *perigo abstrato* ou presumido".[6]

Da mesma forma, existe controvérsia doutrinária sobre o reconhecimento da tentativa no delito de *arremesso de projétil*. Entendemos perfeitamente admissível o *conatus*, pois, em algumas situações, poderá ser visualizado o fracionamento do *iter criminis*, a exemplo daquele que tem o braço empurrado para outra direção no exato instante em que fazia o arremesso do projétil em direção a um veículo de transporte público em movimento.

No entanto, a doutrina majoritária posiciona-se contrariamente a essa possibilidade.

Não podemos, ainda, concordar com Paulo José da Costa Júnior quando antecipa, sobremaneira, o reconhecimento da tentativa a atos que, *permissa venia*, são entendidos como meramente preparatórios, quando, dissertando sobre o delito *sub examen*, assevera: "Realizado o lançamento, consuma-se o crime. Aguardar, no local por onde vai passar o veículo, com o projétil preparado, configura a tentativa".[7]

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal do art. 264, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo *arremessar* pressupõe um comportamento comissivo. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria quando o agente, garantidor, dolosamente, podendo e devendo agir, nada fizer para evitar a situação de perigo causada pelo sujeito.

5 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, v. 3, p. 316.
6 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 4, p. 213.
7 COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito penal objetivo*, p. 532-533.

Assim, imagine-se a hipótese em que um policial, percebendo que alguém faria o arremesso de um projétil contra um veículo de transporte público que estava em movimento, nada faz para impedir a mencionada conduta. Nesse caso, poderá ser responsabilizado pelo delito em estudo, via omissão imprópria.

8. MODALIDADE QUALIFICADA

O parágrafo único prevê uma modalidade qualificada (preterdolosa) de arremesso de projétil dizendo:

> **Parágrafo único.** Se do fato resulta lesão corporal, a pena é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos; se resulta morte, a pena é a do art. 121, § 3º, aumentada de um terço.

9. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *arremesso de projétil* é de detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses.

Para a modalidade qualificada, *se do fato resulta lesão corporal, a pena é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos; se resulta morte, a pena é a do art. 121, § 3º, aumentada de um terço.*

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito de *arremesso de projétil*, à exceção de sua modalidade qualificada pelo resultado morte, tendo em vista que as penas máximas cominadas em abstrato (tipo básico e tipo derivado qualificado pela lesão corporal de natureza culposa) não ultrapassam o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, também nas modalidades simples e qualificada pela lesão corporal de natureza culposa, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

10. DESTAQUE

10.1. Finalidade de atingir pessoa determinada

Considerando o fato de que o art. 264 do Código Penal prevê um delito de perigo, se a finalidade do agente era a de atingir, por exemplo, pessoa determinada que se encontrava no interior de um veículo de transporte público, agindo com dolo de matar, deverá ser responsabilizado, tão somente, pelo delito tipificado

no art. 121 do mesmo Código, podendo este até mesmo ser qualificado pelo meio utilizado na prática da infração penal.

Assim, o delito de dano (homicídio) afastará o reconhecimento do crime de perigo (arremesso de projétil), mesmo que com a sua conduta tenha exposto a perigo a incolumidade pública.

Capítulo 16

Atentado contra a Segurança de Serviço de Utilidade Pública

Atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública

Art. 265. Atentar contra a segurança ou o funcionamento de serviço de água, luz, força ou calor, ou qualquer outro de utilidade pública:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. Aumentar-se-á a pena de um terço até a metade, se o dano ocorrer em virtude de subtração de material essencial ao funcionamento dos serviços.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública* vem tipificado no art. 265 do Código Penal. Assim, de acordo com a redação típica, podemos destacar os seguintes elementos: a) a conduta de atentar contra a *segurança* ou o *funcionamento* de serviço de água, luz, força ou calor; e b) ou qualquer outro de utilidade pública.

Pelo que se verifica dos elementos que informam a figura típica em estudo, a lei penal distingue o atentado contra a *segurança* daquele que é praticado contra o *funcionamento* de serviço de água, luz, força ou calor, ou qualquer outro de utilidade pública.

Atentar significa atacar, dirigir a conduta contra a segurança ou o funcionamento dos serviços mencionados. Esclarece Cezar Roberto Bitencourt que "atentar contra a *segurança* é fazer insegura a operação do serviço, tornando-o perigoso; atentar contra o funcionamento é colocar o serviço em risco de paralisação".[1]

Inicialmente, a lei penal aponta os serviços sobre os quais poderá recair o atentado contra a segurança ou contra o funcionamento, vale dizer, os serviços

1 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 4, p. 215.

de água, luz, força ou calor, para, logo em seguida, se valer de uma fórmula genérica – ou qualquer outro de utilidade pública –, a fim de abranger outras situações parecidas com a anterior. Percebe-se, portanto, a utilização da chamada *interpretação analógica*, na qual a uma fórmula casuística, exemplificativa, a lei penal faz seguir outra, de natureza genérica.

Assim, estariam protegidos pelo art. 265 do Código Penal, por exemplo, os serviços de gás, limpeza pública etc., pois abrangidos pela fórmula genérica constante da parte final do mencionado artigo.

Preleciona Hungria:

> "O elemento material do crime é todo ato tendente a perturbar, de modo mais ou menos extenso, os serviços mencionados no texto legal. *In exemplis*: danificação ou inutilização de usinas, represas, reservatórios, cabines de distribuição, aparelhos, fios, postes, encanamentos, ou quaisquer instalações necessárias à produção, prestação ou continuado fornecimento de luz, energia, gás, água etc. ao público em geral".[2]

Embora a posição majoritária entenda pela natureza abstrata do perigo, entendendo-o como presumido, somos partidários da corrente que reconhece, *in casu*, uma infração penal de perigo concreto, que deverá ser demonstrado caso a caso, sob pena de se reconhecer como um indiferente penal a conduta praticada pelo sujeito.

Cuida-se, ainda, de um tipo misto alternativo, no qual a prática de mais um comportamento pelo agente importará em infração penal única.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto; de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa poderá ser *sujeito ativo* do delito de *atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública*, não exigindo o tipo penal do art. 265 nenhuma qualidade ou condição especial.

O sujeito passivo é a sociedade, principalmente as pessoas que foram expostas diretamente ao perigo criado pelo agente.

2 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 88.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A incolumidade pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo do art. 265 do Código Penal, especialmente os serviços de água, luz, força ou calor, ou qualquer outro de utilidade pública.

O objeto material é o serviço de utilidade pública contra o qual é dirigida a conduta praticada pelo agente.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Embora a maioria de nossos doutrinadores entenda pela consumação do delito com a prática de qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo penal em exame, entendemos que somente poderá ocorrer o *summatum opus* quando o atentado contra a segurança ou o funcionamento dos serviços mencionados pelo art. 265 do Código Penal trouxer, efetivamente, uma situação de perigo à incolumidade pública, não se podendo presumi-lo.

Há necessidade, portanto, de acordo com o princípio da lesividade, de sua demonstração no caso concreto, para efeitos de reconhecimento da consumação.

Também existe controvérsia doutrinária no que diz respeito à possibilidade de tentativa. Guilherme de Souza Nucci, enfaticamente, a rechaça, sob o argumento de que "não admite tentativa por ser crime de atentado, vale dizer, a lei já pune como crime consumado o mero início da execução. Seria, em nosso entender, ilógico sustentar a hipótese de 'tentativa de tentar'".[3]

Apesar da força do raciocínio do renomado autor, não podemos concordar com ele. Isso porque, tratando-se de um crime plurissubsistente, no qual é possível o fracionamento do *iter criminis*, somente a análise do caso concreto é que dirá sobre essa possibilidade. O fato de o artigo iniciar sua redação com o verbo *atentar* não significa que estejamos diante de um delito no qual a prática do comportamento típico seja incompatível com a tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal do art. 265, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Assim, a conduta do agente deve ser dirigida finalisticamente no sentido de atentar contra a segurança ou o funcionamento de serviço de água, luz, força ou calor, ou qualquer outro de utilidade pública, sabedor de que seu comportamento traduz uma situação de perigo à incolumidade pública.

3 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 887.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo *atentar* pressupõe um comportamento comissivo. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria quando o agente, garantidor, dolosamente, podendo e devendo agir, nada fizer para evitar a situação de perigo causada pelo sujeito.

Assim, imagine-se a hipótese em que o agente, contratado para vigiar as instalações de uma empresa prestadora de serviço de luz, percebendo que alguém atentaria contra um dos geradores a ela pertencentes, dolosamente, podendo, nada faça para impedir o comportamento criminoso que traria risco para o funcionamento do serviço de luz. Nesse caso, poderia ser responsabilizado pelo delito em estudo, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA

O parágrafo único do art. 265 do Código Penal determina:

> **Parágrafo único.** Aumentar-se-á a pena de um terço até a metade, se o dano ocorrer em virtude de subtração de material essencial ao funcionamento dos serviços.

O mencionado parágrafo único cuida, na verdade, de um crime de furto, cuja pena a ele cominada, em virtute do maior juízo de reprovação que recai sobre a conduta do agente, é maior do que aquela prevista para o furto simples.

9. PENA, AÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública* é de reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

A pena poderá ser aumentada de um terço até metade, se o dano ocorrer em virtude de subtração de material essencial ao funcionamento dos serviços.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, desde que não incida a majorante prevista pelo parágrafo único do art. 265 do Código Penal, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

10. DESTAQUES

10.1. Atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública por motivação política

Se o delito for praticado por motivação política, aplica-se o art. 15 da Lei de Segurança Nacional, que diz, *verbis*:

> **Art. 15.** Praticar sabotagem contra instalações militares, meios de comunicações, meios e vias de transporte, estaleiros, portos, aeroportos, fábricas, usinas, barragens, depósitos e outras instalações congêneres:
>
> Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos.
>
> § 1º Se do fato resulta:
>
> a) [...];
>
> b) dano, destruição ou neutralização de meios de defesa ou de segurança; paralisação, total ou parcial, de atividade ou serviços públicos reputados essenciais para a defesa, a segurança ou a economia do País, a pena aumenta-se até o dobro.

10.2. Atentado contra serviço de utilidade militar

Se o atentado for praticado contra serviço de utilidade militar, aplica-se o art. 287 do Código Penal Militar, que assevera:

> **Art. 287.** Atentar contra a segurança ou o funcionamento de serviço de água, luz, força ou acesso, ou qualquer outro de utilidade, em edifício ou outro lugar sujeito à administração militar:
>
> Pena – reclusão, até cinco anos.
>
> **Parágrafo único.** Aumentar-se-á a pena de um terço até metade, se o dano ocorrer em virtude de subtração de material essencial ao funcionamento do serviço.

10.3. Atentado contra instalação nuclear

Se o fato for cometido contra instalação nuclear, aplica-se, considerando o princípio da especialidade, o art. 27 da Lei nº 6.453, de 17 de outubro de 1977, *verbis*:

> **Art. 27.** Impedir ou dificultar o funcionamento de instalação nuclear ou o transporte de material nuclear:
>
> Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

Capítulo 17

Interrupção ou Perturbação de Serviço Telegráfico ou Telefônico

Interrupção ou perturbação de serviço telegráfico ou telefônico

Art. 266. Interromper ou perturbar serviço telegráfico, radiotelegráfico ou telefônico, impedir ou dificultar-lhe o restabelecimento:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Aplicam-se as penas em dobro, se o crime é cometido por ocasião de calamidade pública.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *interrupção ou perturbação de serviço telegráfico ou telefônico* encontra-se tipificado no art. 266 do Código Penal. De acordo com a mencionada figura típica, podemos destacar os seguintes elementos: a) a conduta de interromper ou perturbar serviço telegráfico, radiotelegráfico ou telefônico; e b) impedir ou dificultar-lhe o restabelecimento.

Dissertando sobre o tema, Hungria preleciona:

> "O elemento material é tanto o emprego de violência contra as instalações ou aparelhos como contra o *pessoal* dos serviços mencionados no texto legal, de modo a resultar *interrupção* (paralisação) ou *perturbação* (desarranjo parcial, retardamento) de tais serviços, ou obstáculo ou embaraço ao seu restabelecimento. A enumeração dos serviços de telecomunicação é *taxativa*. Assim, não poderia, por analogia, ser incluído o *serviço postal.*
>
> *Telégrafo* é toda instalação que possibilita a comunicação do pensamento ou da palavra mediante transmissão à distância de sinais convencionais. Compreende o telégrafo elétrico (terrestre ou submarino) ou semafórico.

> *Radiotelégrafo* é o telégrafo sem fio, funcionando por meio de ondas eletromagnéticas ou 'ondas dirigidas'.
>
> *Telefone* é a instalação que permite reproduzir à distância a palavra falada ou outro som".[1]

Cuida-se de tipo misto alternativo, em que a prática de mais de um desses comportamentos importa em uma única infração penal.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto; de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa poderá ser *sujeito ativo* do delito de *interrupção ou perturbação de serviço telegráfico ou telefônico*, não exigindo o tipo penal do art. 266 nenhuma qualidade ou condição especial.

O sujeito passivo é a coletividade.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A incolumidade pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo do art. 266 do Código Penal, especialmente a normal e regular prestação dos serviços telegráficos, radiotelegráficos ou telefônicos.

O objeto material é o serviço telegráfico, radiotelegráfico ou telefônico contra o qual é dirigida a conduta praticada pelo agente.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando o agente, após praticar qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo, traz, efetivamente, perigo à incolumidade pública.

Não podemos concordar com a posição amplamente majoritária que reconhece ser de perigo abstrato o delito tipificado no art. 266 do Código Penal. Isso porque por ofensa à incolumidade pública devemos entender a conduta que produz uma situação concreta de perigo a um número indeterminado de pessoas. Caso isso não fique demonstrado nos autos, o agente não poderá ser penalmente responsável por uma conduta que não tinha condições de atingir o bem juridicamente protegido pelo tipo penal.

1 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 88.

Não devemos nos esquecer de que a incolumidade pública diz respeito ao estado de preservação ou segurança em face de possíveis eventos lesivos, referindo-se tanto a pessoas quanto a coisas. Nesse caso, somente o comportamento que tenha, comprovadamente, potencialidade de dano ao serviço telegráfico, radiotelegráfico ou telefônico é que poderá sofrer os rigores da lei penal.

Tratando-se de um crime plurissubsistente, torna-se possível o raciocínio relativo à tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal do art. 266, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos *interromper, perturbar, impedir e dificultar* pressupõem um comportamento comissivo levado a efeito pelo agente. No entanto, poderá o delito ser praticado via omissão imprópria quando o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para evitar a prática da infração penal em exame, devendo ser, portanto, responsabilizado pelo delito de interrupção ou perturbação de serviço telegráfico ou telefônico, nos termos do § 2º do art. 13 do Código Penal.

8. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA

Assevera o parágrafo único do art. 266:

> **Parágrafo único.** Aplicam-se as penas em dobro, se o crime é cometido por ocasião de calamidade pública.

A majorante terá aplicação, portanto, quando o fato for praticado por ocasião de *calamidade pública*, isto é, conforme explica Mirabete, durante "uma situação excepcional, de infortúnio ou desgraça coletiva",[2] a exemplo das epidemias, guerra, terremotos, inundações etc.

9. PENA, AÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *interrupção ou perturbação de serviço telegráfico ou telefônico* é de detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

A pena será aplicada em dobro se o crime é cometido por ocasião de calamidade pública.

2 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*, v. 3.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo desde que não incida a majorante prevista pelo parágrafo único do art. 266 do Código Penal, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

10. DESTAQUES

10.1. Interrupção ou perturbação de comunicação entre pessoas determinadas

Considerando que o art. 266 do Código Penal tem por finalidade proteger a incolumidade pública, caso ocorra interrupção ou perturbação de comunicação entre pessoas determinadas, poderá se configurar o delito previsto no art. 151, § 1º, III, do Código Penal.

10.2. Instalação de aparelhos clandestinos

Caso o agente tenha instalado aparelhos clandestinos de telecomunicações, o fato poderá subsumir-se ao art. 70 da Lei nº 4.117/62, que diz:

> **Art. 70.** Constitui crime punível com a pena de detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, a instalação ou utilização de telecomunicações, sem observância do disposto nesta Lei e nos regulamentos.

CAPÍTULO 18

EPIDEMIA

Epidemia

Art. 267. Causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos:

Pena – reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Se do fato resulta morte, a pena é aplicada em dobro.

§ 2º No caso de culpa, a pena é de detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, ou, se resulta morte, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *epidemia* vem tipificado no art. 267 do Código Penal. Mediante análise da mencionada figura típica, podemos destacar os seguintes elementos: a) a conduta de causar epidemia; b) mediante a propagação de germes patogênicos.

O núcleo *causar* é utilizado no texto legal no sentido de produzir, originar, provocar a epidemia.

Por epidemia deve ser entendida uma doença que surge rapidamente em determinado lugar e acomete simultaneamente grande número de pessoas.

Para efeitos de cometimento do delito em estudo, o agente se vale da *propagação* de germes patogênicos. Propagar deve ser entendido como espalhar, difundir etc. Explica Noronha que a lei:

> "não se preocupa com o modo de propagação – inoculação, contaminação, disseminação etc. – desde que seja idôneo. Quer por contágio direto, quer indireto (através de pessoas ou coisas portadoras de micróbios), pode ocorrer a propagação. Várias e diversas são as vias de penetração escolhidas por esses micro-organismos: pele, mucosas, serosas, sangue, sistema nervoso".[1]

1 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 5.

Germes patogênicos, conforme esclarece Fragoso, citando a Exposição de Motivos do Código Penal italiano, "são todos os micro-organismos (vírus, bacilos e protozoários), capazes de produzir moléstias infecciosas".[2]

Cuida-se, *in casu*, de uma infração penal de perigo comum e concreto, haja vista que o art. 267 encontra-se inserido no Capítulo III (Dos Crimes Contra a Saúde Pública), que, por sua vez, está localizado no Título VIII, da Parte Especial do Código Penal, que prevê os crimes contra a incolumidade pública. Dessa forma, além de expor a perigo um número indeterminado de pessoas, tal situação deverá ser, efetivamente, demonstrada no caso concreto.

Existe, no entanto, controvérsia doutrinária a respeito da natureza do delito de epidemia, a exemplo de Celso Delmanto, Roberto Delmanto, Roberto Delmanto Júnior e Fábio M. de Almeida Delmanto,[3] que entendem ser presumido o perigo no delito *sub examen*, denotando, assim, sua natureza de infração penal de perigo abstrato. De outro lado, outros autores, a exemplo de Noronha, entendem que é de *dano* o delito tipificado no art. 267 do Código Penal, quando diz: "Trata-se de crime de dano, pois não há negar a existência de lesão efetiva e concreta na *epidemia*".[4]

Há, ainda, uma posição intermediária, adotada por Paulo José da Costa Júnior, quando assevera: "Trata-se de crime de dano, pela lesão efetiva ocorrida, e de crime de perigo, para os que não foram atingidos".[5]

Por intermédio da Lei nº 8.930, de 6 de setembro de 1994, o delito de epidemia com resultado morte foi inserido na lei que dispôs sobre os crimes hediondos.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso e culposo (pois o § 2º do art. 267 do Código Penal prevê, expressamente, a conduta culposa praticada pelo agente que vem a dar causa à epidemia, com ou sem o resultado morte, também previsto no mesmo parágrafo); comissivo (podendo, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto; de forma vinculada (haja vista que o tipo penal especifica o modo pelo qual poderá ser praticado, vale dizer, mediante a propagação de germes patogênicos); instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

2 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal* – Parte especial, v. 3, p. 200.

3 DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio M. de Almeida. *Código penal comentado*, p. 542.

4 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 5.

5 COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de direito penal* – Parte especial, v. 3, p. 87.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *epidemia*, não exigindo o tipo penal do art. 267 nenhuma qualidade ou condição especial.

Sujeito passivo é a sociedade, principalmente aquelas pessoas que foram expostas a perigo, ou mesmo que sofreram algum tipo de dano em virtude da prática, pelo agente, da conduta prevista no tipo penal em estudo.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

O bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *epidemia* é a incolumidade pública, consubstanciada, no caso, especificamente, na saúde pública.

O objeto material são os germes patogênicos.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito tipificado no art. 267 do Código Penal se consuma quando o agente vem a causar a epidemia mediante a propagação de germes patogênicos gerando, efetivamente, perigo à incolumidade pública.

Dessa forma, haverá necessidade de ser demonstrada a situação de perigo criada pelo agente, cuja conduta tinha por finalidade causar a epidemia, gerando perigo, assim, a um número indeterminado de pessoas.

Tratando-se de delito de natureza plurissubsistente, torna-se possível o raciocínio relativo à tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo *caput* do art. 267 do Código Penal, devendo a conduta do agente ser dirigida finalisticamente no sentido de causar epidemia, mediante a propagação de germes patogênicos.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo *causar* pressupõe um comportamento comissivo praticado pelo agente. No entanto, o delito poderá ser levado a efeito via omissão imprópria, quando o agente, dolosa ou culposamente, podendo, não impedir que terceiro venha a causar a epidemia, devendo, assim, ser responsabilizado nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA

Determina o § 1º do art. 267 do Código Penal que, resultando do fato a morte, a pena é aplicada em dobro.

Cuida-se, nesse caso, de delito preterdoloso, onde o agente deverá ter causado dolosamente a epidemia, sendo-lhe imputado o resultado morte, no entanto, a título de culpa.

Se ocorrer mais de um resultado morte, o agente continuará a responder por um único delito de epidemia, não havendo, nesse caso, concurso de crimes.

Caso o agente tenha querido a produção do resultado morte, deverá responder pelos delitos de epidemia e homicídio (ou genocídio, dependendo da hipótese), em concurso formal impróprio.

Se houver a epidemia com resultado morte será possível a decretação da prisão temporária do agente, nos termos do art. 1º, III, *i*, da Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, se presentes os demais requisitos por ela exigidos.

9. MODALIDADE CULPOSA

A modalidade culposa do delito de epidemia vem prevista no § 2º do art. 267, que diz, *verbis*:

> § 2º No caso de culpa, a pena é de detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, ou, se resulta morte, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

Nessa hipótese, o agente, culposamente, causa a epidemia, propagando germes patogênicos. Se desse comportamento culposo advier a morte de alguém, a pena que, inicialmente, era de detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, passa a ser de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, independentemente do número de pessoas que venham a morrer em virtude da conduta culposa levada a efeito pelo agente.

10. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *epidemia*, determinada pela Lei nº 8.072/90, é de reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos.

Se do fato resulta morte, a pena é aplicada em dobro.

No caso de culpa, a pena é de detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, ou, se resulta morte, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Quando a epidemia for causada culposamente, se não houver o resultado morte, competirá, inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o seu julgamento, tendo em vista que a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo também na modalidade culposa do delito de epidemia, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, desde que não resulte em morte.

11. DESTAQUE

11.1. Diferença entre epidemia, endemia e pandemia

Epidemia, conforme esclarecemos, diz respeito a uma doença que surge rapidamente em determinado lugar e acomete simultaneamente grande número de pessoas.

Endemia tem o sentido de doença que existe constantemente em determinado lugar e ataca número maior ou menor de indivíduos, a exemplo da febre amarela, comum em certas regiões do país.

Ocorre a *pandemia*, conforme lições de Bento de Faria, "quando vários países são assolados pela mesma doença",[6] ou, como disserta Noronha, "se sua disseminação se dá por extensa área do globo terrestre",[7] a exemplo do que ocorreu com a chamada "gripe espanhola", que matou mais de 20 milhões de pessoas em todo o mundo entre os meses de setembro e novembro de 1918.[8]

6 FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro*, v. VI, p. 235.

7 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 5.

8 Podemos ter uma ideia da gravidade da gripe espanhola por meio de algumas notícias veiculadas pela imprensa, a exemplo daquelas constantes do *Rio Jornal*, edições de 11 e 14 de outubro de 1918, respectivamente, que diziam: "Há três semanas que a mortandade no Rio de Janeiro vem orçando por aquela terrível cifra, cuja soma dá um total aproximado de 12.000 óbitos, o suficiente para tornar bem negro o peso de consciência dos culpados de tamanha desgraça pública. Pelas estatísticas oficialmente autorizadas ontem, o número de mortos é superior a 10.000. Não é temerário aduzir um pouco esse algarismo para ter o obtuário real e efetivo, suprimindo o que se oculta e nega. Temos, pois, perto de 12.000 casos fatais sobre os 600.000 acometidos da peste reinante ou 'simples gripe' como dogmatiza a pretensão da medicina oficial". "A moléstia transmite-se, propaga-se assim precipitadamente. As repartições públicas, as escolas, os escritórios de empresas de toda a espécie, as oficinas dos jornais, os estaleiros, as estradas de ferro estão ficando enormemente desfalcados de pessoal. Em todas as ruas, e a toda hora, vemos cair subitamente, tombar sobre a calçada vítimas do mal estranho" (Atualizamos a redação.) *Revista Época*. Disponível em: http://revistaepoca.globo.com/Epoca/0,6993,EPT516998-1664,00.html.

Capítulo 19

Infração de Medida Sanitária Preventiva

Infração de medida sanitária preventiva

Art. 268. Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa:

Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *infração de medida sanitária preventiva* vem tipificado no art. 268 do Código Penal. Mediante a análise da mencionada figura típica, podemos identificar os seguintes elementos: a) a conduta de infringir determinação do Poder Público; b) destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa.

O núcleo *infringir* é utilizado no texto legal no sentido de violar, desrespeitar, ignorar, descumprir determinação do Poder Público. Trata-se de norma penal em branco, que poderá, segundo a doutrina dominante, ser homogênea ou heterogênea, haja vista que o complemento de que necessita para que possa ser entendida e aplicada poderá provir de leis, decretos, portarias, regulamentos, enfim, de qualquer diploma legal que tenha por finalidade especificar quais são as determinações impostas pelo Poder Público, destinadas a impedir a introdução ou a propagação de doença contagiosa.

Tratando-se de complemento que não seja oriundo do Congresso Nacional, isto é, que não tenha atendido ao procedimento legislativo adequado à criação normativa penal, poderá ser discutida a sua validade, em atenção ao princípio da legalidade. Assim, a nosso ver, somente a lei ordinária seria capaz de complementar o tipo penal do art. 268, elencando as determinações do Poder Público que deverão ser observadas pelo agente, destinadas a impedir a introdução ou a propagação de doença contagiosa.

Como apontado, para que ocorra a infração penal em estudo, a determinação do Poder Público deverá ser destinada a impedir a introdução ou a propagação de doença contagiosa. *Introdução* significa o ingresso, a entrada da doença contagiosa; *propagação* deve ser entendida como difusão, disseminação da referida doença.

Ney Moura Teles traduz o conceito de doença contagiosa dizendo:

> "Doença é a alteração ou o desvio do estado de equilíbrio que caracteriza a condição de saúde de um indivíduo, decorrente da intervenção de vários fatores. Está associada a manifestações características, denominadas sinais ou sintomas.
>
> Doença contagiosa é o agravo à saúde, determinado por um agente infeccioso específico ou por seus produtos tóxicos e que pode ser transmitida a outro indivíduo ou suscetível de transmissão por diversos mecanismos. É também chamada de doença infectocontagiosa ou doença transmissível.
>
> A norma só se refere a doenças que acometem os humanos, não os animais ou vegetais, mas pode a determinação do poder público recair sobre o cuidado com animais e vegetais, quando estes possam integrar-se na série causal de propagação da doença".[1]

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo ou omissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto (embora haja divergência doutrinária nesse sentido, pois se tem entendido, majoritariamente, tratar-se de um crime de perigo abstrato, presumido); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *infração de medida sanitária preventiva*, não exigindo o tipo penal do art. 268 nenhuma qualidade ou condição especial.

O sujeito passivo é a sociedade.

1 TELES, Ney Moura. *Direito penal*, v. 3, p. 239.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

O bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *infração de medida sanitária preventiva* é a incolumidade pública, consubstanciada, no caso, especificamente, na saúde pública.

O objeto material, conforme esclarece Guilherme de Souza Nucci, "é a determinação do Poder Público",[2] que é infringida pelo agente que expõe a perigo a incolumidade pública por meio de seu comportamento.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Embora a maioria da doutrina entenda que o delito de *infração de medida sanitária preventiva se* encontra no rol das infrações penais de *perigo abstrato* (presumido), consumando-se tão somente com a prática da conduta descrita no núcleo do tipo, entendemos que, em obediência ao princípio da lesividade, a situação de perigo à incolumidade pública, criada pelo agente que infringiu determinação do Poder Público, deverá ser demonstrada no caso concreto, não se podendo, assim, presumi-la.

Tratando-se de um delito plurissubsistente, entendemos como possível o raciocínio relativo à tentativa, que deverá ser analisada caso a caso.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O delito de *infração de medida sanitária preventiva* somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade culposa.

Aqui, o agente deverá ter conhecimento de que infringe determinação do Poder Público, constante do complemento que integra o tipo penal *sub examen*, em virtude de sua natureza de norma penal em branco, pois, caso contrário, poderá ser alegado o chamado erro de tipo.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo *infringir* pode ser entendido tanto no sentido de fazer alguma coisa contrária à determinação do Poder Público, como também deixar de fazer aquilo a que estava obrigado, tratando-se, portanto, de uma figura típica que poderá ser comissiva ou mesmo omissiva, dependendo do complemento exigido pela norma penal em branco em exame.

Nada impede, tendo em vista a sua natureza híbrida (comissivo e omissivo), que o delito seja praticado via omissão imprópria quando o garantidor, dolosamente, podendo, não impedir que o agente infrinja determinação do Poder Público.

2 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 892.

8. CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO DE PENA

O parágrafo único do art. 268 do Código Penal prevê uma majorante, dizendo:

> **Parágrafo único.** A pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro.

Verifica-se, portanto, maior juízo de censura quando o agente, que infringe determinação do Poder Público, exerce uma dessas profissões mencionadas pelo aludido parágrafo único, haja vista que, em razão de seus conhecimentos técnico-científicos, possui maiores condições para mensurar a gravidade do seu comportamento.

Terão aplicação, ainda, as causas especiais de aumento de pena previstas no art. 258 do Código Penal, conforme determinação contida no art. 285 do mesmo diploma repressivo, que diz:

> **Art. 285.** Aplica-se o disposto no art. 258 aos crimes previstos neste Capítulo, salvo quanto ao definido no art. 267.

9. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *infração de medida sanitária preventiva* é de detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, e multa.

A pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro.

Conforme determinação constante do art. 285 do Código Penal, aplica-se ao delito em estudo o disposto no art. 258 do estatuto repressivo.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e o julgamento do delito de *infração de medida sanitária preventiva*, desde que, com a aplicação das majorantes, a pena máxima cominada em abstrato não ultrapasse o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

10. DESTAQUE

10.1. Revogação da norma complementar

Como tivemos oportunidade de destacar quando da introdução ao estudo do art. 268 do Código Penal, dissemos tratar-se, *in casu*, de norma penal em branco (ou primariamente remetida), haja vista que, para que pudesse ser entendida e aplicada, haveria necessidade de edição de um complemento.

Assim, imagine-se que o agente tenha infringido determinação do Poder Público, constante de um diploma legal cuja finalidade era complementar o art. 268 do Código Penal, o qual vem, posteriormente, a ser revogado. Nesse caso, poderíamos aplicar o raciocínio relativo à *abolitio criminis*, nos termos do art. 2º, *caput*, do Código Penal?

Hungria, categoricamente, afirma que "a intercorrente cessação da determinação administrativa não importará extinção da punibilidade da infração ocorrida ao tempo de vigência dela".[3]

Fragoso, a seu turno, preleciona:

> "Se ocorrer a *revogação* das determinações do Poder Público, de sorte a excluir a ilicitude do fato, entendemos que deverão aproveitar o réu, retroagindo, salvo se constituírem lei excepcional ou temporária".[4]

Entendemos que, mesmo se tratando de leis excepcionais ou temporárias, em virtude de não ter havido ressalva constitucional com relação a elas, o princípio da retroatividade benéfica é absoluto, haja vista que o inciso XL do art. 5º da Constituição Federal assevera que a *lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*. Existe controvérsia doutrinária no que diz respeito ao fato de ter sido ou não recepcionado pela Constituição Federal o art. 3º do Código Penal, discussão mencionada em nosso primeiro volume, quando levamos a efeito o estudo da Parte Geral do Código Penal, para onde pedimos *venia* para remeter o leitor.

No entanto, vale a transcrição dos argumentos expendidos por Nilo Batista, Zaffaroni, Alagia e Slokar quando dizem:

> "A fórmula imperativa e incondicional mediante a qual a Constituição consagrou o princípio (art. 5º, inc. XL, CR) questiona duramente a exceção aberta pela lei (art. 3º), e a doutrina brasileira começou, após 1988 – houve quem o fizesse ainda na regência da Constituição de 1946 – a caminhar na direção de compreender que também as leis penais temporárias e excepcionais não dispõem de ultratividade em desfavor do réu. Corresponderá ao legislador, perante situações calamitosas que requeiram drástica tutela penal de bens jurídicos, prover para que os procedimentos constitucionalmente devidos possam exaurir-se durante a vigência da lei; o que ele não pode fazer é abrir uma exceção em matéria que o constituinte erigiu como garantia individual. Cabe, pois, entender que o art. 3º do Código Penal não foi recebido pela Constituição da República".[5]

3 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 103/104.

4 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal* – Parte especial, v. 3, p. 202.

5 BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*, v. 1, p. 217.

Dessa forma, mantendo nossa posição inicial, entendemos que, seja ou não o complemento oriundo de uma lei excepcional ou temporária, sua revogação importará em reconhecimendo da *abolitio criminis*, com a consequente declaração de extinção da punibilidade, nos termos do art. 107, III, do Código Penal, haja vista não ter sido o art. 3º do Código Penal recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

CAPÍTULO 20

OMISSÃO DE NOTIFICAÇÃO DE DOENÇA

Omissão de notificação de doença

Art. 269. Deixar o médico de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação é compulsória:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *omissão de notificação de doença* está previsto pelo art. 269 do Código Penal. De acordo com a mencionada figura típica, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de deixar o médico de denunciar à autoridade pública; b) doença cuja notificação é compulsória.

Pelo que se verifica por meio da redação legal, o núcleo *deixar* pressupõe um comportamento omissivo por parte do agente. Cuida-se, ainda, de um delito próprio, pois somente o *médico* pode praticar a conduta omissiva, deixando de levar a efeito a necessária denúncia à autoridade pública. Denúncia, aqui, significa comunicado, ou seja, é dever do médico, ao tomar conhecimento de uma doença cuja notificação seja compulsória, comunicá-la à autoridade pública, informando todos os dados necessários para evitar sua proliferação. Hungria, analisando o delito *sub examen*, esclarece:

> "A gravidade da omissão, por isso que, impedindo a expedição de medidas profiláticas, cria o perigo de generalização da doença ou permanência do foco de infecção, justifica, na espécie, o maior rigor do Código vigente. Também aqui, trata-se de *lei penal em branco*: sua complementação é o preceito do regulamento sanitário (federal, estadual ou municipal) relativo às doenças cuja notificação é cumpulsória. Apresenta-se, no caso, uma notável exceção à regra do *segredo profissional*: quando está em causa doença de notificação compulsória, a violação do segredo

médico, no sentido de comunicação à autoridade competente, deixa de ser crime, para ser um dever legal".[1]

Embora, conforme expusemos quando da análise do artigo anterior, qualquer outro diploma que não a lei em sentido estrito infrinja a exigência constante do princípio da legalidade, tem-se aceitado, majoritariamente, que o complemento relativo às normas penais em branco provenham de outras fontes (decretos, portarias, regulamentos etc.), como é o caso da Portaria nº 2.472, de 31 de agosto de 2010, expedida pelo Ministério da Saúde, que elenca as doenças consideradas como de notificação compulsória.[2]

1 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 104.

2 "PORTARIA Nº 2.472, DE 31 DE AGOSTO DE 2010
Define as terminologias adotadas em legislação nacional, conforme disposto no Regulamento Sanitário Internacional 2005 (RSI 2005), a relação de doenças, agravos e eventos em saúde pública de notificação compulsória em todo o território nacional e estabelecer fluxo, critérios, responsabilidades e atribuições aos profissionais e serviços de saúde.
O Ministro de Estado da Saúde, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I e II do parágrafo único do art. 87 da Constituição, e
Considerando os § 2º e § 3º, do art. 6º, da Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, que dispõe sobre as condições para promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes;
Considerando a Lei nº 10.778, de 24 de novembro de 2003, que estabelece a notificação compulsória, no território nacional, do caso de violência contra a mulher que for atendida em serviços de saúde públicos ou privados;
Considerando o inciso I, do art. 8º, do Decreto nº 78.231, de 12 de agosto de 1976, que regulamenta a Lei nº 6.259, de 30 de outubro de 1975, que dispõe sobre a organização das ações de vigilância epidemiológica, sobre o Programa Nacional de Imunizações, estabelece normas relativas à notificação compulsória de doenças;
Considerando o Decreto Legislativo nº 395, de 9 de julho de 2009, que aprova o texto revisado do Regulamento Sanitário Internacional 2005, acordado na 58ª Assembleia Geral da Organização Mundial da Saúde, em 23 de maio de 2005;
Considerando o Regulamento Sanitário Internacional 2005, aprovado na 58ª Assembleia Geral da Organização Mundial da Saúde, em 23 de maio de 2005;
Considerando a Portaria nº 2.259/GM/MS, de 23 de novembro de 2005, que estabelece o Glossário de Terminologia de Vigilância Epidemiológica no âmbito do Mercosul;
Considerando a Portaria nº 399/GM/MS, de 22 de fevereiro de 2006, que aprova e divulga as Diretrizes Operacionais do Pacto pela Saúde 2006 – Consolidação do SUS – com seus três componentes – Pacto pela Vida, em Defesa do SUS e de Gestão;
Considerando a Portaria nº 2.728/GM/MS, de 11 de novembro de 2009, que dispõe sobre a Rede Nacional de Atenção Integral à Saúde do Trabalhador – Renast;
Considerando a Portaria nº 3.252/GM/MS, de 22 de dezembro de 2009, que aprova as diretrizes para execução e financiamento das ações de Vigilância em Saúde pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios; e
Considerando a necessidade de padronizar os procedimentos normativos relacionados à notificação compulsória e à vigilância em saúde no âmbito do SUS, resolve:
Art. 1º Definir as terminologias adotadas em legislação nacional, conforme disposto no Regulamento Sanitário Internacional 2005 (RSI 2005):
I – Doença: significa uma enfermidade ou estado clínico, independentemente de origem ou fonte, que represente ou possa representar um dano significativo para os seres humanos;
II – Agravo: significa qualquer dano à integridade física, mental e social dos indivíduos provocado por circunstâncias nocivas, como acidentes, intoxicações, abuso de drogas, e lesões auto ou heteroinfligidas;
III – Evento: significa manifestação de doença ou uma ocorrência que apresente potencial para causar doença;
IV – Emergência de Saúde Pública de Importância Nacional (ESPIN): é um evento que apresente risco de propagação ou disseminação de doenças para mais de uma Unidade Federada – Estados e Distrito Federal – com priorização das doenças de notificação imediata e outros eventos de saúde pública, independente da natureza ou origem, depois de avaliação de risco, e que possa necessitar de resposta nacional imediata; e
V – Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII): é evento extraordinário que constitui risco para a saúde pública de outros países por meio da propagação internacional de doenças e que potencialmente requerem uma resposta internacional coordenada.
Art. 2º Adotar, na forma do Anexo I a esta Portaria, a Lista de Notificação Compulsória (LNC), referente às doenças, agravos e eventos de importância para a saúde pública de abrangência nacional em toda a rede de saúde, pública e privada.
Art. 3º As doenças e eventos constantes no Anexo I a esta Portaria serão notificados e registrados no Sistema de Informação de Agravos de Notificação -Sinan, obedecendo às normas e rotinas estabelecidas pela Secretaria de Vigilância em Saúde do Ministério da Saúde – SVS/MS.
§ 1º Os casos de malária na região da Amazônia Legal deverão ser registrados no Sistema de Informação de Vigilância Epidemiológica – Malária – SIVEP-Malária, sendo que na região extraamazônica deverão ser registrados no Sinan, conforme o disposto no *caput* deste artigo.

O art. 169 da Consolidação das Leis do Trabalho, a seu turno, também determina, *verbis*:

> **Art. 169.** Será obrigatória a notificação das doenças profissionais e das produzidas em virtude de condições especiais de trabalho, comprovadas ou objeto de suspeita, de conformidade com as instruções expedidas pelo Ministério do Trabalho.

§ 2º Os casos de esquistossomose nas áreas endêmicas serão registrados no Sistema de Informação do Programa de Vigilância e Controle da Esquistossomose – SISPCE e os casos de formas graves deverão ser registrados no Sinan, sendo que nas áreas não endêmicas, todos os casos devem ser registrados no Sinan, conforme o disposto no caput deste artigo.
Art. 4º Adotar, na forma do Anexo II a esta Portaria, a Lista de Notificação Compulsória Imediata – LNCI, referente às doenças, agravos e eventos de importância para a saúde pública de abrangência nacional em toda a rede de saúde, pública e privada.
§ 1º As doenças, agravos e eventos constantes do Anexo II a esta Portaria, devem ser notificados às Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde (SES e SMS) em, no máximo, 24 (vinte e quatro) horas a partir da suspeita inicial, e às SES e SMS que também deverão informar imediatamente a SVS/MS.
§ 2º Diante de doenças ou eventos constantes no Anexo II a esta Portaria, deve-se aplicar a avaliação de risco de acordo com o Anexo II do RSI 2005, para classificação da situação como uma potencial ESPIN ou ESPII.
Art. 5º A notificação imediata será realizada por telefone como meio de comunicação ao serviço de vigilância epidemiológica da SMS, cabendo a essa instituição disponibilizar e divulgar amplamente o número na rede de serviços de saúde, pública e privada.
§ 1º Na impossibilidade de comunicação à SMS, a notificação será realizada à SES, cabendo a esta instituição disponibilizar e divulgar amplamente o número junto aos Municípios de sua abrangência;
§ 2º Na impossibilidade de comunicação à SMS e à SES, principalmente nos finais de semana, feriados e período noturno, a notificação será realizada à SVS/MS por um dos seguintes meios:
I – disque notifica (0800-644-6645) ou;
II – notificação eletrônica pelo e-mail (notifica@saude.gov.br) ou diretamente pelo sítio eletrônico da SVS/MS (www.saude. gov.br/svs).
§ 3º O serviço Disque Notifica da SVS/MS é de uso exclusivo dos profissionais de saúde para a realização das notificações imediatas.
§ 4º A notificação imediata realizada pelos meios de comunicação não isenta o profissional ou serviço de saúde em realizar o registro dessa notificação nos instrumentos estabelecidos.
§ 5º Os casos suspeitos ou confirmados da LNCI deverão ser registrados no Sinan no prazo máximo de 7 (sete) dias a partir da data de notificação.
§ 6º A confirmação laboratorial de amostra de caso individual ou procedente de investigação de surto constante no Anexo II a esta Portaria deve ser notificada pelos laboratórios públicos (referência nacional, regional e laboratórios centrais de saúde pública) ou laboratórios privados de cada Unidade Federada.
Art. 6º Adotar, na forma do Anexo III a esta Portaria, a Lista de Notificação Compulsória em Unidades Sentinelas (LNCS).
Parágrafo único. As doenças e eventos constantes no Anexo III a esta Portaria devem ser registrados no Sinan, obedecendo as normas e rotinas estabelecidas para o Sistema.
Art. 7º A notificação compulsória é obrigatória a todos os profissionais de saúde médicos, enfermeiros, odontólogos, médicos veterinários, biólogos, biomédicos, farmacêuticos e outros no exercício da profissão, bem como os responsáveis por organizações e estabelecimentos públicos e particulares de saúde e de ensino, em conformidade com os arts. 7º e 8º, da Lei nº 6.259, de 30 de outubro de 1975.
Art. 8º A definição de caso para cada doença, agravo e evento relacionados nos Anexos a esta Portaria, obedecerão à padronização definida no Guia de Vigilância Epidemiológica da SVS/MS.
Art. 9º É vedado aos gestores estaduais e municipais do SUS a exclusão de doenças, agravos e eventos constantes nos Anexos a esta Portaria.
Art. 10. É facultada a elaboração de listas estaduais ou municipais de Notificação Compulsória, no âmbito de sua competência e de acordo com perfil epidemiológico local.
Art. 11. As normas complementares relativas às doenças, agravos e eventos em saúde pública de notificação compulsória e demais disposições contidas nesta Portaria serão publicadas por ato específico do Secretário de Vigilância em Saúde. Parágrafo único. As normas de vigilância das doenças, agravos e eventos constantes nos Anexos I, II e III serão regulamentadas no prazo de 90 (noventa) dias, contados a partir da publicação desta Portaria.
Art. 12. Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.
Art. 13. Ficam revogadas as Portarias nº 5/SVS/MS, de 21 de fevereiro de 2006, publicada no Diário Oficial da União (DOU) nº 38, Seção 1, pág. 34, de 22 de fevereiro de 2006, a Portaria nº 777/GM/MS de 28 de abril de 2004, publicada no DOU nº 81, Seção 1, págs 37 e 38, de 29 de abril de 2004 e a Portaria nº 2.325/GM/MS de 8 de dezembro de 2003, publicada no DOU nº.240, Seção 1, pág. 81, de 10 de dezembro de 2003.
JOSÉ GOMES TEMPORÃO

A autoridade pública, mencionada no tipo penal que prevê o delito de *omissão de notificação de doença,* é a autoridade sanitária, conforme se percebe pela redação dos dispositivos legais transcritos acima. No entanto, conforme esclarece

ANEXO I
Lista de Notificação Compulsória – LNC
1. Acidentes por animais peçonhentos; 2. Atendimento antirrrábico; 3. Botulismo; 4. Carbúnculo ou Antraz; 5. Cólera; 6. Coqueluche; 7. Dengue; 8. Difteria; 9. Doença de Creutzfeldt – Jacob; 10. Doença Meningocócica e outras Meningites; 11. Doenças de Chagas Aguda; 12. Esquistossomose; 13. Eventos Adversos Pós-Vacinação; 14. Febre Amarela; 15. Febre do Nilo Ocidental; 16. Febre Maculosa; 17. Febre Tifoide; 18. Hanseníase; 19. Hantavirose; 20. Hepatites Virais; 21. Infecção pelo vírus da imunodeficiência humana -HIV em gestantes e crianças expostas ao risco de transmissão vertical; 22. Influenza humana por novo subtipo; 23. Intoxicações Exógenas (por substâncias químicas, incluindo agrotóxicos, gases tóxicos e metais pesados); 24. Leishmaniose Tegumentar Americana; 25. Leishmaniose Visceral; 26. Leptospirose; 27. Malária; 28. Paralisia Flácida Aguda; 29. Peste; 30. Poliomielite; 31. Raiva Humana; 32. Rubéola; 33. Sarampo; 34. Sífilis Adquirida; 35. Sífilis Congênita; 36. Sífilis em Gestante; 37. Síndrome da Imunodeficiência Adquirida – AIDS; 38. Síndrome da Rubéola Congênita; 39. Síndrome do Corrimento Uretral Masculino; 40. Síndrome Respiratória Aguda Grave associada ao Coronavírus (SARS-CoV); 41. Tétano; 42. Tuberculose; 43. Tularemia; e 44. Varíola.
ANEXO II
Lista Nacional de Compulsória Imediata – LNCI
I. Caso suspeito ou confirmado de:
1. Botulismo; 2. Carbúnculo ou Antraz; 3. Cólera; 4. Dengue pelo sorotipo DENV 4; 5. Doença de Chagas Aguda; 6. Doença conhecida sem circulação ou com circulação esporádica no território nacional que não constam no Anexo I desta Portaria, como: Rocio, Mayaro, Oropouche, Saint Louis, Ilhéus, Mormo, Encefalites Equinas do Leste, Oeste e Venezuelana, Chickungunya, Encefalite Japonesa, entre outras; 7. Febre Amarela; 8. Febre do Nilo Ocidental; 9. Hantavirose; 10. Influenza humana por novo subtipo; 11. Peste; 12. Poliomielite; 13. Raiva Humana; 14. Sarampo em indivíduo com história de viagem ao exterior nos últimos 30 (trinta) dias ou de contato, no mesmo período, com alguém que viajou ao exterior; 15. Rubéola em indivíduo com história de viagem ao exterior nos últimos 30 (trinta) dias ou de contato, no mesmo período, com alguém que viajou ao exterior; 16. Síndrome Respiratória Aguda Grave associada ao Coronavírus (SARS-CoV); 17. Varíola; 18. Tularemia; e 19. Síndrome de Rubéola Congênita (SRC).
II. Surto ou agregação de casos ou óbitos por:
1. Difteria; 2. Doença Meningocócica; 3. Doença Transmitida por Alimentos (DTA) em navios ou aeronaves; 4. Influenza Humana; 5. Meningites Virais; 6. Sarampo; 7. Rubéola; e 8. Outros eventos de potencial relevância em saúde pública, após a avaliação de risco de acordo com o Anexo II do RSI 2005, destacando-se:
a) Alteração no padrão epidemiológico de doenças que constam no Anexo I desta Portaria; b) Doença de origem desconhecida; c) Exposição a contaminantes químicos; d) Exposição à água para consumo humano fora dos padrões preconizados pela SVS; e) Exposição ao ar contaminado, fora dos padrões preconizados pela Resolução do CONAMA; f) Acidentes envolvendo radiações ionizantes e não ionizantes por fontes não controladas, por fontes utilizadas nas atividades industriais ou médicas e acidentes de transporte com produtos radioativos da classe 7 da ONU. g) Desastres de origem natural ou antropogênica quando houver desalojados ou desabrigados; h) Desastres de origem natural ou antropogênica quando houver comprometimento da capacidade de funcionamento e infraestrutura das unidades de saúde locais em conseqüência evento.
III. Doença, morte ou evidência de animais com agente etiológico que podem acarretar a ocorrência de doenças em humanos, destaca-se:
1. Primatas não humanos
2. Equinos
3. Aves
4. Morcegos
Raiva: Morcego morto sem causa definida ou encontrado em situação não usual, tais como: voos diurnos, atividade alimentar diurna, incoordenação de movimentos, agressividade, contrações musculares, paralisias, encontrado durante o dia no chão ou em paredes.
5. Canídeos
Raiva: canídeos domésticos ou silvestres que apresentaram doença com sintomatologia neurológica e evoluíram para morte num período de até 10 dias ou confirmado laboratorialmente para raiva.
Leishmaniose visceral: primeiro registro de canídeo doméstico em área indene, confirmado por meio da identificação laboratorial da espécie Leishmania chagasi.
6. Roedores silvestres
Peste: Roedores silvestres mortos em áreas de focos naturais de peste.
ANEXO III
Lista de Notificação Compulsória em Unidades Sentinelas – LNCS
1. Acidente com exposição a material biológico relacionado ao trabalho; 2. Acidente de trabalho com mutilações; 3. Acidente de trabalho em crianças e adolescentes; 4. Acidente de trabalho fatal; 5. Câncer Relacionado ao Trabalho; 6. Dermatoses ocupacionais; 7. Distúrbios Osteomusculares Relacionados ao Trabalho (DORT); 8. Influenza humana; 9. Perda Auditiva Induzida por Ruído – PAIR relacionada ao trabalho; 10. Pneumoconioses relacionadas ao trabalho; 11. Rotavírus; 12. Toxoplasmose aguda gestacional e congênita; 13. Transtornos Mentais Relacionados ao Trabalho; e 14. Violência doméstica, sexual e/ou autoprovocada.

Noronha, "em sua falta, a comunicação deve ser feita a outra autoridade, capaz também de providenciar no sentido de acautelar a incolumidade pública".[3]

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime próprio no que diz respeito ao sujeito ativo, haja vista que o tipo penal faz menção expressa à qualidade de médico, e comum quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); omissivo próprio; de perigo comum e concreto (embora haja divergência doutrinária nesse sentido, pois se tem entendido, majoritariamente, tratar-se de um crime de perigo abstrato, presumido); de forma vinculada; instantâneo; monossubjetivo; unissubsistente; não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Somente o médico poderá ser *sujeito ativo* do delito de *omissão de notificação de doença.*

O sujeito passivo é a sociedade.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

O bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *omissão de notificação de doença* é a incolumidade pública, consubstanciada, no caso, especificamente, na saúde pública.

O objeto material é a notificação compulsória.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Embora exista controvérsia doutrinária, entendemos que o delito se consuma quando a omissão do agente, no que diz respeito à denúncia à autoridade pública de doença cuja notificação seja compulsória, cria, efetivamente, uma situação de perigo à incolumidade pública, tratando-se, pois, de uma infração de perigo concreto, cuja demonstração deverá ser procedida no caso concreto, embora a maioria da doutrina o classifique como um delito de perigo presumido, abstrato, bastando a inação dolosa do agente para que reste consumado.

Por se cuidar de crime omissivo próprio, de natureza monossubsistente, não será possível o reconhecimento da tentativa, haja vista a impossibilidade de fracionamento do *iter criminis,* dada a concentração de atos. Dessa forma, ou o agente deixa de denunciar à autoridade pública doença cuja notificação seja compulsória, e o crime, assim, se consuma, ou efetua a denúncia, cumprindo a determinação legal, deixando de praticar o delito.

3. NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 15.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O delito de *omissão de notificação de doença* somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Poderá o médico incorrer no chamado erro de tipo quando, equivocadamente, deixar de denunciar a doença à autoridade pública, por supor que ela não faça parte do rol daquelas consideradas como de notificação compulsória.

Da mesma forma, o médico que, negligentemente, mesmo sabendo da necessidade de levar a efeito a denúncia da doença que, sabidamente, era de notificação compulsória, deixar de fazê-lo, não poderá ser responsabilizado pelo seu comportamento culposo, em virtude da ausência de previsão legal.

7. MODALIDADE OMISSIVA

O delito de *omissão de notificação de doença* encontra-se no rol daqueles considerados como *omissivos próprios*, cujo comportamento negativo vem descrito no tipo penal, sendo, *in casu*, a omissão no que diz respeito à denúncia obrigatória, pelo médico, de doença cuja notificação é compulsória.

8. CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO DE PENA

Terão aplicação as causas especiais de aumento de pena previstas no art. 258 do Código Penal, conforme determinação contida no art. 285 do mesmo diploma repressivo:

> **Art. 285.** Aplica-se o disposto no art. 258 aos crimes previstos neste Capítulo, salvo quanto ao definido no art. 267.

9. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

O preceito secundário do art. 269 do Código Penal comina uma pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Aplicam-se ao delito de *omissão de notificação de doença* as majorantes previstas no art. 258 do Código Penal, nos termos do art. 285 do mesmo diploma repressivo.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito em estudo, desde que não aplicadas as majorantes previstas no art. 258 do Código Penal, pois a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Capítulo 21

Envenenamento de Água Potável ou de Substância Alimentícia ou Medicinal

Envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal

Art. 270. Envenenar água potável, de uso comum ou particular, ou substância alimentícia ou medicinal destinada a consumo:

Pena – reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos.

§ 1º Está sujeito à mesma pena quem entrega a consumo ou tem em depósito, para o fim de ser distribuída, a água ou a substância envenenada.

Modalidade culposa

§ 2º Se o crime é culposo:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal* encontra-se tipificado no art. 270 do Código Penal. Pela redação do referido artigo, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de envenenar água potável; b) ou substância alimentícia ou medicinal destinada a consumo.

Inicialmente, é importante frisar que existe controvérsia a respeito do conceito de *envenenamento*. Conforme esclarece Odon Ramos Maranhão,

> "isto se deve não só à grande quantidade de substâncias lesivas ao organismo, como à variedade do modo de ação das mesmas. Podemos aceitar como *veneno* uma substância que, introduzida no organismo, altera momentaneamente ou suprime definitivamente as manifestações vitais de toda matéria organizada [...]".[1]

1 MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso básico de medicina legal*, p. 308.

Embora também seja problemática a classificação dos venenos, eles podem ser distribuídos em grupos, de acordo com as lições de Genival Veloso de França, a saber:

> "a. *quanto ao estado físico*: líquidos, sólidos e gasosos; b. *quanto à origem*: animal, vegetal, mineral e sintético; c. *quanto às funções químicas:* óxidos, ácidos, bases e sais (funções inorgânicas): hidrocarbonetos, alcoóis, acetonas e aldeídos, ácidos orgânicos, ésteres, aminas, aminoácidos, carboidratos e alcaloides (funções orgânicas); d. *quanto ao uso*: doméstico, agrícola, industrial, medicinal, cosmético e venenos propriamente ditos".[2]

A conduta do agente, portanto, deve ser dirigida a *envenenar* água potável, isto é, aquela própria para o consumo do homem, não importando, como diz o artigo, seja ela de *uso comum*, a exemplo daquelas utilizadas nas escolas, fábricas, clubes esportivos, bicas públicas etc., ou mesmo de *uso particular*, como aquelas represadas em caixas d'água, poços, açudes, cisternas etc.; podendo ser tanto aquela utilizada para ser bebida *in natura*, quanto na manipulação ou preparo de alimentos.

Tratando-se de um crime de perigo comum, somente haverá a infração penal em estudo se o comportamento do agente vier a criar uma situação de perigo a um número indeterminado de pessoas. Caso a sua conduta se resuma a trazer perigo a pessoa certa e determinada, o fato poderá se configurar no delito tipificado no art. 132 do Código Penal.

Merece ser ressaltado, ainda, que se o envenenamento ocorrer em água imprestável para o consumo o fato não se amoldará ao delito em apreço, pois a lei exige, expressamente, que a água seja potável, ou seja, apta ao imeditato consumo humano, mesmo contendo algumas impurezas.

Além da água potável, o agente poderá envenenar *substância alimentícia* ou *medicinal* destinada a consumo. Noronha, esclarecendo os aludidos conceitos, diz:

> "A ação física do agente deve incidir também sobre a substância alimentícia, que é a que se presta à alimentação, isto é, a ser comida ou bebida por indeterminado número de pessoas, pois deve destinar-se a *consumo*. O dono de um estabelecimento (bar, restaurante, confeitaria etc.) que expõe alimentos ou doces que envenenou, comete o delito em questão; se, entretanto, os manda a pessoa certa e determinada, pratica homicídio qualificado. Pode o alimento ser sólido ou líquido; preparado ou em estado natural; de primeira necessidade ou secundário etc., e não deixará de ser objeto material do tipo, já que a lei não distingue.

2 FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina legal*, p. 113.

> Também a substância medicinal é considerada. Não é fácil dar o conceito de medicamento, tal qual acontece com o veneno, começando que, muita vez, eles se confundem não só entre si, como com os alimentos, ou esclarecendo: o iodo e o fósforo, *v.g*, são alimentos, medicamentos e tóxicos".[3]

Inicialmente, o delito tipificado no art. 270 do Código Penal encontrava-se no rol constante do art. 1º da Lei nº 8.072/90, sendo que sua exclusão aconteceu com o advento da Lei nº 8.930, de 6 de setembro de 1994, que deu nova redação ao mencionado artigo, renumerando os seus incisos.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso e culposo (tendo em vista a previsão expressa constante do § 2º do art. 270 do Código Penal); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto (embora haja divergência doutrinária nesse sentido, pois se tem entendido, majoritariamente, tratar-se de um crime de perigo abstrato, presumido); de forma vinculada; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal*, tendo em vista que o tipo penal não exige nenhuma qualidade ou condição especial.

Sujeito passivo é a sociedade de forma geral, bem como aquelas pessoas que sofreram, imediatamente, com a conduta praticada pelo agente, em caso de lesão corporal ou morte, por terem ingerido a água potável, a substância alimentícia ou medicinal envenenada.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

O bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal* é a incolumidade pública, consubstanciada, no caso, especificamente, na saúde pública.

O objeto material é a água potável ou a substância alimentícia ou medicinal.

3 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 20.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando, após o envenenamento da água potável, de uso comum ou particular, ou de substância alimentícia ou medicinal destinada a consumo, o agente cria, efetivamente, uma situação de perigo a um número indeterminado de pessoas, colocando em risco, portanto, a incolumidade pública.

Conforme afirmamos, entendemos ser de perigo concreto o delito em estudo, ao contrário da maioria de nossos doutrinadores, que o concebem como de perigo abstrato (presumido).

Tratando-se de crime plurissubsistente, no qual se pode fracionar o *iter criminis*, torna-se possível o raciocínio relativo à tentativa. Assim, imagine-se a hipótese em que o agente, após abrir um galão contendo veneno, no momento exato em que iria lançá-lo no interior de uma caixa d'água, é empurrado por terceira pessoa, que impede a contaminação, não se consumando a infração penal por circunstâncias alheias à vontade dele.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo art. 270 do Código Penal, havendo, no entanto, previsão para a modalidade culposa, nos termos do § 2º do mesmo artigo.

O agente deverá ter conhecimento, outrossim, de todos os elementos que integram o tipo penal, pois, caso contrário, poderá ser alegado o chamado erro de tipo. Assim, imagine-se a hipótese daquele que, por erro, supondo lançar um pouco de cloro no interior de uma cisterna, com o fim de preservar potáveis as águas ali reservadas, acaba por envenená-las, pois não havia conferido corretamente o invólucro do produto que ali fora lançado.

Nesse caso, como existe a modalidade culposa de envenenamento, o agente poderá responder a esse título. Caso o seu erro tenha sido invencível, inevitável, escusável, o fato deverá ser considerado atípico.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo *envenenar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria, na hipótese em que o agente, garantidor, dolosa ou culposamente, podendo, nada fizer para impedir o envenenamento de água potável, de uso comum ou particular, ou de substância alimentícia ou medicinal destinada a consumo.

Assim, imagine-se a hipótese do agente que havia sido contratado para evitar que estranhos ingressassem nas dependências de uma empresa encarregada de represar águas que seriam destinadas ao consumo público. Percebendo que

alguém, que já havia feito ameaças de envenenar aquelas águas, invadira aquele local com um galão contendo substância altamente venenosa, insatisfeito com o tratamento que vinha recebendo da empresa empregadora, dolosamente, nada faz para evitar que o sujeito lance nas águas a referida substância, envenenando-as e, com isso, criando uma situação de perigo a um número indeterminado de pessoas. Nesse caso, poderia ser responsabilizado pelo delito em estudo, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. MODALIDADE CULPOSA

A modalidade culposa do delito de *envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal* está prevista no § 2º do art. 270, que diz, *verbis*:

> § 2º Se o crime é culposo:
>
> Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Nessa hipótese, o agente, deixando de observar o seu necessário dever objetivo de cuidado, cria a situação de perigo à incolumidade pública.

9. ENTREGA A CONSUMO OU TEM EM DEPÓSITO, PARA O FIM DE SER DISTRIBUÍDA, A ÁGUA OU A SUBSTÂNCIA ENVENENADA

O § 1º do art. 270 aduz que *está sujeito à mesma pena quem entrega a consumo ou tem em depósito, para o fim de ser distribuída, a água ou a substância envenenada.*

Dissertando sobre o tema, Bento de Faria, com precisão, esclarece:

> "Relativamente à água ou às substâncias referidas, somente podem ser consideradas destinadas ao consumo as que sejam próprias para ele, isto é, que se acharem em perfeito estado de conservação e não sejam nocivas à vida ou à saúde por motivo do referido envenenamento.
>
> A possibilidade do consumo verifica-se não somente quando alguém a expõe à aquisição pelo público, ou a *entrega* para esse fim, ou a guarda *em depósito* com o objetivo de distribuí-la, indeterminadamente, à coletividade.
>
> Realizados estes fatos, suficientes para determinação do perigo comum, não é mister que sejam realmente consumidas.
>
> Não deve, pois, configurar a hipótese aqui prevista quando for destinada à alimentação de *um indivíduo* ou de *uma família,* porque, em tal hipótese, o envenenamento constituirá delito contra a *pessoa*".[4]

[4] FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro*, v. VI, p. 242.

10. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada à modalidade dolosa de *envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal* é de reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos.

Se o crime é culposo, a pena é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Aplicam-se ao delito *sub examen* as majorantes previstas no art. 258 do Código Penal, nos termos do art. 285 do mesmo diploma repressivo.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento da modalidade culposa, desde que não aplicadas as majorantes previstas no art. 258 do Código Penal, pois a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, somente para a modalidade culposa.

11. DESTAQUES

11.1. Pessoa determinada – homicídio qualificado

Poderá o agente ter envenado, por exemplo, água de uso particular, com a finalidade de causar a morte de determinada pessoa, o que efetivamente vem a acontecer.

Nesse caso, deveria ser responsabilizado pelo delito tipificado no art. 270 do Código Penal, com a pena aumentada de metade, nos termos do art. 258 do mesmo diploma legal? A resposta, aqui, só pode ser negativa, devendo o agente, pois, responder pelo delito de homicídio qualificado pelo emprego de veneno, nos termos do art. 121, § 2º, III, primeira figura.

11.2. Prisão temporária

Se houver o *envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte*, será possível a decretação da prisão temporária do agente, nos termos do art. 1º, III, *j*, da Lei nº 7.960, de 21 de dezembro de 1989, se presentes os demais requisitos por ela exigidos.

11.3. Revogação da primeira parte do *caput* do art. 270, bem como de seu § 1º, pelo art. 54 da Lei nº 9.605/98

Alguns doutrinadores, a exemplo de Luiz Regis Prado, têm se posicionado pela revogação parcial do art. 270, *caput*, e § 1º do Código Penal pelo art. 54 da Lei nº 9.605/98.

Dissertando sobre o tema, aduz o renomado autor:

> "O art. 270 do Código Penal vigente, frise-se, foi tacitamente revogado pelo art. 54 da Lei nº 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais). Dessa forma, aquele que envenena água potável, de uso comum ou particular, destinada a consumo, incorre nas penas cominadas neste último artigo. Parte do dispositivo, no entanto, permanece em vigor. Por isso, quando houver o envenenamento de substância alimentícia ou medicinal, destinada a pessoas indeterminadas, o dispositivo a ser aplicado é o constante do Código Penal. Acrescente-se que também o parágrafo 1º foi revogado, integralmente, pelo art. 56 da mencionada lei".[5]

Apesar do raciocínio do mencionado autor, não podemos com ele concordar, pois que a conduta de envenenar importa em um juízo maior de reprovação do que a de poluir, utilizada no tipo penal do art. 54 da Lei de Crimes Ambientais. Dessa forma, entendemos não ter havido revogação tácita do art. 270 e seu § 1º do Código Penal.

5 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 3, p. 543.

Capítulo 22

Corrupção ou Poluição de Água Potável

Corrupção ou poluição de água potável

Art. 271. Corromper ou poluir água potável, de uso comum ou particular, tornando-a imprópria para consumo ou nociva à saúde:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Modalidade culposa

Parágrafo único. Se o crime é culposo:

Pena – detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *corrupção ou poluição de água potável* está previsto pelo art. 271 do Código Penal. De acordo com a mencionada figura típica, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de corromper ou poluir água potável, de uso comum ou particular; b) tornando-a imprópria para o consumo ou nociva à saúde.

O núcleo *corromper* é utilizado no texto legal no sentido de estragar, infectar etc.; *poluir* tem o significado de sujar. Hungria faz a distinção entre os referidos núcleos dizendo que "corromper a água é alterar-lhe a essência ou composição, tornando-a nociva à saúde, ou intolerável pelo mau sabor. *Poluir* a água é conspurcá-la, deitar-lhe alguma sujidade, de modo a torná-la imprópria de ser bebida pelo homem".[1] As duas condutas são um *minus*, comparadas ao envenenamento previsto pelo art. 270 do Código Penal, razão pela qual as penas previstas pelo art. 271 do mesmo estatuto são significativamente inferiores àquelas previstas para o delito de *envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal*.

No tipo penal em estudo, a conduta do agente é dirigida, tão somente, a corromper ou poluir *água potável*, seja de uso comum ou particular, tornando-a imprópria para o consumo ou nociva à saúde.

1 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 110.

Existe controvérsia doutrinária no que diz respeito à revogação do art. 271 do Código Penal pelo art. 54 da Lei nº 9.605/98. Ney Moura Teles, incisivamente, afirma que "não pode haver dúvidas quanto à revogação tácita. A norma da lei especial alcança integralmente a descrição típica do preceito do Código Penal".[2] No mesmo sentido, Luiz Regis Prado, quando afirma que o artigo em análise foi tacitamente revogado pelo art. 54 da Lei de Crimes Ambientais, pois esse "dispositivo apresenta termos muito amplos, que abrangem a conduta ora examinada".[3]

Entendemos, no entanto, pela manutenção do art. 271 do Código Penal, devendo ser aplicado o art. 54 da Lei nº 9.605/98 somente quando, de acordo com o seu § 2º, III, a conduta do agente *causar poluição hídrica que torne necessária a interrupção do abastecimento público de água de uma comunidade.*

Cuida-se de um tipo misto alternativo, no qual a prática de mais de uma conduta constante do tipo penal importará em infração penal única.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso e culposo (tendo em vista a previsão expressa constante do parágrafo único do art. 271 do Código Penal); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto (embora haja divergência doutrinária nesse sentido, pois se tem entendido, majoritariamente, tratar-se de crime de perigo abstrato, presumido); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *corrupção ou poluição de água potável*, tendo em vista que o tipo penal não exige nenhuma qualidade ou condição especial.

O sujeito passivo é a *sociedade*, de forma geral, bem como aquelas pessoas que sofreram, imediatamente, com a conduta praticada pelo agente.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

O bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *corrupção ou poluição de água potável* é a incolumidade pública, consubstanciada, no caso, especificamente, na saúde pública.

O objeto material é a água potável corrompida ou poluída pelo agente.

2 TELES, Ney Moura. *Direito penal*, v. 3, p. 248.

3 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 3, p. 554.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando, após a corrupção ou poluição da água potável, de uso comum ou particular, o agente cria, efetivamente, uma situação de perigo a um número indeterminado de pessoas, colocando em risco, portanto, a incolumidade pública.

Conforme afirmamos acima, entendemos que é de perigo concreto o delito em estudo, ao contrário da maioria de nossos doutrinadores, que o concebem como de perigo abstrato (presumido).

Tratando-se de crime plurissubsistente, no qual se pode fracionar o *iter criminis*, torna-se possível o raciocínio relativo à tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo *caput* do art. 271 do Código Penal, havendo, no entanto, previsão para a modalidade culposa, nos termos do parágrafo único do mesmo artigo.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos *corromper* e *poluir* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria, na hipótese em que o agente, garantidor, dolosa ou culposamente, podendo, nada fizer para impedir a corrupção ou poluição de água potável, de uso comum ou particular, tornando-a imprópria para o consumo ou nociva à saúde.

8. MODALIDADE CULPOSA

A modalidade culposa do delito de *corrupção ou poluição de água potável* está prevista no parágrafo único do art. 271, que diz, *verbis*:

> **Parágrafo único.** Se o crime é culposo:
>
> Pena – detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano.

Nessa hipótese, o agente, deixando de observar o seu necessário dever objetivo de cuidado, cria a situação de perigo à incolumidade pública.

9. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada à modalidade dolosa de *corrupção ou poluição de água potável* é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

Se o crime é culposo, a pena é de detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano.

Aplicam-se ao delito *sub examen* as majorantes previstas no art. 258 do Código Penal, nos termos do art. 285 do mesmo diploma repressivo.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento da modalidade culposa, pois a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, somente para a modalidade culposa.

CAPÍTULO 23

FALSIFICAÇÃO, CORRUPÇÃO, ADULTERAÇÃO OU ALTERAÇÃO DE SUBSTÂNCIA OU PRODUTOS ALIMENTÍCIOS

Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produtos alimentícios

Art. 272. Corromper, adulterar, falsificar ou alterar substância ou produto alimentício destinado a consumo, tornando-o nocivo à saúde ou reduzindo-lhe o valor nutritivo:

Pena – reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º - Incorrre nas penas deste artigo quem fabrica, vende, expõe à venda, importa, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo a substância alimentícia ou o produto falsificado, corrompido ou adulterado.

§ 1º Está sujeito às mesmas penas quem pratica as ações previstas neste artigo em relação a bebidas, com ou sem teor alcoólico.

Modalidade culposa

§ 2º Se o crime é culposo:

Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa.

1. INTRODUÇÃO

O delito tipificado no art. 272, *caput,* e parágrafos, do Código Penal teve a sua redação significativamente modificada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998, aumentando até mesmo as penas originariamente cominadas.

O próprio *nomen juris* da infração penal foi modificado de *corrupção, adulteração ou falsificação de substância alimentícia ou medicinal* para *falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produtos alimentícios.*

Assim, de acordo com a nova redação típica, podemos destacar, primeiramente, os elementos que integram a figura típica prevista no *caput* do art. 272 do Código Penal, a saber: a) a conduta de corromper, adulterar, falsificar ou alterar; b) substância ou produto alimentício destinado a consumo; c) tornando-o nocivo à saúde; d) ou reduzindo-lhe o valor nutritivo.

Corromper tem o significado de estragar, decompor, tornar podre; *adulterar* importa em deturpar, deformar; *falsificar* significa reproduzir, imitando; *alterar* quer dizer mudar, modificar, transformar.

Essas condutas têm como objeto material *substância* ou *produto alimentício destinado a consumo*, vale dizer, aquele que tem por finalidade alimentar um número indeterminado de pessoas, tenha ele natureza líquida ou sólida.

Com a prática de qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo, o agente torna a substância ou produto alimentício destinado a consumo *nocivo à saúde*, vale dizer, capaz de causar dano, conforme preleciona Mirabete, "ao regular funcionamento biológico do ser humano (nocividade positiva), ou, conforme a nova redação do artigo, tenha sido reduzido o seu valor nutritivo (nocividade negativa). Sem a prova da nocividade positiva ou da redução do valor nutritivo da substância ou produto alimentício, não se configura o ilícito [...]. Ainda diante da nova redação, configura o delito, também, a mistura ao alimento de substância inócua ou daquela que seja imprópria para o consumo, ainda que não nociva à saúde, pela redução de seu valor nutritivo",[1] a exemplo, neste último caso, da hipótese muito comum de adição de água no leite.

O § 1º-A. do art. 272 do Código Penal aduz, ainda, que incorre nas penas do artigo em análise quem *fabrica, vende, expõe à venda, importa, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo a substância alimentícia ou o produto falsificado, corrompido ou adulterado.*

Da mesma forma, incorrerá nas penas cominadas ao art. 272 do Código Penal o agente que leva a efeito qualquer dos comportamentos narrados no *caput*, bem como em seu § 1º, tendo por objeto material bebidas, com ou sem teor alcoólico, conforme determina o § 1º do mencionado dispositivo legal, de acordo com a redação determinada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998.

Cuida-se, *in casu*, de crime de perigo comum e concreto, haja vista que o comportamento praticado pelo agente deve colocar em risco a incolumidade pública, devendo ser efetivamente demonstrado no caso concreto, comprovando-se que sua conduta tornou a substância ou produto alimentício destinado a consumo nocivo à saúde, ou que lhe reduziu o valor nutritivo.

Trata-se, ainda, de tipo misto alternativo, no qual a prática de mais de um comportamento importará em infração penal única.

1 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*, v. 3, p. 154.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso e culposo (tendo em vista a previsão expressa constante do § 2º do art. 272 do Código Penal); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto (embora haja divergência doutrinária nesse sentido, pois se tem entendido, majoritariamente, tratar-se de um crime de perigo abstrato, presumido); de forma livre; instantâneo (no que diz respeito às condutas de corromper, adulterar, falsificar, alterar, fabricar, vender, importar, distribuir, entregar) e permanente (quanto às condutas de expor à venda e ter em depósito); monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produtos alimentícios*, tendo em vista que o tipo penal não exige nenhuma qualidade ou condição especial.

O sujeito passivo é a sociedade, de forma geral, bem como aquelas pessoas que sofreram, imediatamente, com a conduta praticada pelo agente.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

Bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produtos alimentícios* é a incolumidade pública, consubstanciada, no caso, especificamente, na saúde pública.

O objeto material é a substância ou produto alimentício destinado a consumo, bem como as bebidas, com ou sem teor alcoólico.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando o agente pratica qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo penal do art. 272 do Código Penal, criando a situação concreta de risco à incolumidade pública, ou, mais especificamente, à saúde pública, embora a doutrina majoritária aponte a infração penal em estudo como de perigo abstrato.

Tratando-se de delito plurissubsistente, torna-se possível o raciocínio relativo à tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo *caput*, bem como pelos §§ 1º-A e 1º do art. 272 do Código Penal.

Assim, deverá o agente ter conhecimento de que, com o seu comportamento, torna nocivo à saúde ou reduz o valor nutritivo de produto alimentício ou substância destinados a consumo, aplicando-se o mesmo raciocínio quando o fato disser respeito a bebidas, com ou sem teor alcoólico.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos constantes do *caput*, bem como dos §§ 1º-A e 1º do art. 272 do Código Penal pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria, na hipótese em que o agente, garantidor, dolosa ou culposamente, podendo, nada fizer para impedir a produção do resultado, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. MODALIDADE CULPOSA

Existe previsão para a modalidade culposa do delito de *falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produtos alimentícios*, nos termos do § 2º do art. 272, *verbis*:

> § 2º Se o crime é culposo:
> Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa.

9. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada à modalidade dolosa de *falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de substância ou produtos alimentícios* é de reclusão, de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa.

Se o crime é culposo, a pena é de detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa.

Aplicam-se ao delito *sub examen* as majorantes previstas no art. 258 do Código Penal, nos termos do art. 285 do mesmo diploma repressivo.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e o julgamento da modalidade culposa, desde que não aplicadas as majorantes previstas no art. 258 do Código Penal, pois a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme redação determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, somente para a modalidade culposa, e desde que não incida no caso concreto as causas especiais de aumento de pena previstas pelo art. 258 do Código Penal.

10. DESTAQUES

10.1. Ofensa ao princípio da proporcionalidade

Em sua redação original, dizia o art. 272 do Código Penal: *Corromper, adulterar ou falsificar substância alimentícia ou medicinal destinada a consumo, tornando-a nociva à saúde.*

Com a nova redação dada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998, além de ser incluído o núcleo *alterar*, também passou a configurar o delito em estudo a conduta dirigida a reduzir o valor nutritivo da substância ou produto alimentício destinado a consumo.

No entanto, tal inovação, *permissa venia*, contraria o princípio da proporcionalidade, haja vista que iguala comportamentos que merecem ser valorados de forma diferente, uma vez que a conduta do agente dirigida finalisticamente a tornar nociva à saúde substância ou produto alimentício destinado a consumo é, a toda prova, consideravelmente mais grave do que aquela que simplesmente lhe reduz o valor nutritivo.

10.2. Crime contra a economia popular

Quando o comportamento praticado pelo agente não coloca em risco a incolumidade pública, o fato poderá subsumir-se aos incisos III e V do art. 2º da Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951, que dispõe sobre crimes contra a economia popular, *verbis*:

> III – expor à venda ou vender mercadoria ou produto alimentício, cujo fabrico haja desatendido a determinações oficiais, quanto ao peso e composição;
> V – misturar gêneros e mercadorias de espécies diferentes, expô-los à venda ou vendê-los, como puros; misturar gêneros e mercadorias de qualidades desiguais para expô-los à venda ou vendê-los por preço marcado para os de mais alto custo.

Capítulo 24

Falsificação, Corrupção, Adulteração ou Alteração de Produto Destinado a Fins Terapêuticos ou Medicinais

Falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais

Art. 273. Falsificar, corromper, adulterar ou alterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais:

Pena – reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado.

§ 1º-A. Incluem-se entre os produtos a que se refere este artigo os medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.

§ 1º-B. Está sujeito às penas deste artigo quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições:

I – sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente;

II – em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no inciso anterior;

III – sem as características de identidade e qualidade admitidas para sua comercialização;

IV – com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade;

V – de procedência ignorada;

VI – adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.

Modalidade culposa

§ 2º Se o crime é culposo:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

1. INTRODUÇÃO

O delito tipificado no art. 273, *caput*, e parágrafos do Código Penal teve, também, sua redação significativamente modificada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998, que aumentou severamente as penas a ele originariamente cominadas.

O próprio *nomen juris* da infração penal foi modificado de *alteração de substância alimentícia ou medicinal* para *falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.*

O legislador, no final do século passado, entendeu que a infração penal prevista pelo art. 273 do Código Penal era tão grave, que a fez inserir no rol daquelas consideradas como hediondas pela Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, inserção esta que foi realizada pela Lei nº 9.695, de 20 de agosto de 1998.

Hoje, portanto, o delito de *falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais* encontra-se inserido no inciso VII-B do art. 1º da lei que dispôs sobre os crimes hediondos.

Assim, de acordo com a redação da mencionada figura típica, constante do art. 273, *caput*, do Código Penal, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de corromper, adulterar, falsificar ou alterar; b) produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.

Corromper tem o significado de estragar, decompor, tornar podre; *adulterar* importa em deturpar, deformar; *falsificar* significa reproduzir, imitando; *alterar* quer dizer mudar, modificar, transformar.

A conduta do agente deve ter por objeto produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, vale dizer, conforme preconiza Damásio de Jesus, "toda substância, sólida ou líquida, empregada na cura ou prevenção de moléstias".[1]

Determina, ainda, o § 1º do art. 273 que *nas mesmas penas incorre quem importa, vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, distribui ou entrega a consumo o produto falsificado, corrompido ou alterado.*

O § 1º-A aponta, ainda, os produtos que devem ser compreendidos no delito tipificado no art. 273 do Código Penal, asseverando serem os *medicamentos, as matérias-primas, os insumos farmacêuticos, os cosméticos, os saneantes e os de uso em diagnóstico.* Cezar Roberto Bitencourt esclarece sobre os elementos que integram o mencionado parágrafo, dizendo:

1 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, v. 3, p. 355.

> "*Medicamento* [...] é a substância destinada à cura ou ao alívio de doenças, bem como ao combate de males e enfermidades; *matéria-prima* (substância a partir da qual se pode fabricar ou produzir outra); *insumos farmacêuticos* (produtos combinados resultantes de várias matérias-primas); *cosméticos* (produtos destinados à limpeza, conservação e maquiagem da pele); *saneantes* (produtos de limpeza em geral)".[2]

O § 1º-B, a seu turno, aduz que está sujeito às penas do art. 273 do Código Penal quem pratica as ações previstas no § 1º em relação a produtos em qualquer das seguintes condições: I – sem registro, quando exigível, no órgão de vigilância sanitária competente; II – em desacordo com a fórmula constante do registro previsto no item anterior; III – sem as características de identidade e qualidade admitidas para a sua comercialização; IV – com redução de seu valor terapêutico ou de sua atividade; V – de procedência ignorada; VI – adquiridos de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente.

Cuida-se, *in casu*, de crime de perigo comum e concreto, haja vista que o comportamento praticado pelo agente deve colocar em risco a incolumidade pública, devendo ser efetivamente demonstrado no caso concreto.

Trata-se, ainda, de tipo misto alternativo, no qual a prática de mais de um comportamento importará em infração penal única.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso e culposo (tendo em vista a previsão expressa constante do § 2º do art. 273 do Código Penal); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto (embora haja divergência doutrinária nesse sentido, pois se tem entendido, majoritariamente, tratar-se de um crime de perigo abstrato, presumido); de forma livre; instantâneo (no que diz respeito às condutas de falsificar, corromper, adulterar, alterar, vender, importar, distribuir, entregar) e permanente (quanto às condutas de expor à venda e ter em depósito); monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais*, tendo em vista que o tipo penal não exige nenhuma qualidade ou condição especial.

O sujeito passivo é a sociedade, de forma geral, bem como aquelas pessoas que sofreram imediatamente com a conduta praticada pelo agente.

2 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 4, p. 243.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

Bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais* é a incolumidade pública, consubstanciada, no caso, especificamente, na saúde pública.

O objeto material é o produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando o agente pratica quaisquer dos comportamentos previstos pelo tipo penal do art. 273 do Código Penal, criando a situação concreta de risco à incolumidade pública, ou, mais especificamente, à saúde pública, embora a doutrina majoritária considere a infração penal em estudo como de perigo abstrato.

Tratando-se de delito plurissubsistente, torna-se possível o raciocínio relativo à tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo *caput*, bem como pelo § 1º do art. 273 do Código Penal.

Assim, a conduta do agente deverá ser dirigida finalisticamente no sentido de praticar qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo penal em estudo, tendo como objeto material produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos constantes do *caput*, bem como do § 1º do art. 273 do Código Penal, pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria, na hipótese em que o agente, garantidor, dolosa ou culposamente, podendo, nada fizer para impedir a produção do resultado, nos termos do art. 13, § 2º do Código Penal.

8. MODALIDADE CULPOSA

Existe previsão para a modalidade culposa do delito de *falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais*, nos termos do § 2º do art. 273, *verbis*:

> § 2º Se o crime é culposo:
>
> Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

9. PENA, AÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada à modalidade dolosa de *falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais* é de reclusão, de 10 (dez) a 15 (quinze) anos, e multa.

Se o crime é culposo, a pena é de detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Aplicam-se ao delito *sub examen* as majorantes previstas no art. 258 do Código Penal, nos termos do art. 285 do mesmo diploma repressivo.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, somente para a modalidade culposa e desde que não incidam no caso concreto as causas especiais de aumento de pena previstas pelo art. 258 do Código Penal.

10. DESTAQUE

10.1. Ofensa aos princípios da ofensividade e proporcionalidade

Indignado com a nova redação legal, bem como com as penas excessivas cominadas ao art. 273 do Código Penal e, ainda, com sua inclusão no rol das infrações penais consideradas como hediondas, Alberto Silva Franco, com acerto, preconiza:

> "A falsificação de um cosmético, como um batom, ou de produto destinado à higienização doméstica, ou ainda a exposição à venda de produto adquirido de estabelecimento sem licença da autoridade sanitária competente são ações que não chegam a ofender, de modo significativo, o bem jurídico que se buscou proteger (a saúde pública). Além disso, para as ações exemplificadas são cominadas penas reclusivas chocantes (entre dez a 15 anos), o que evidencia a total carência de proporção entre a gravidade das condutas empreendidas e as consequências punitivas delas decorrentes. Ademais, essa desproporção fica mais à mostra quando o preceito sancionatório formulado pelo legislador dá, como no caso do art. 273 do Código Penal, um tratamento punitivo mais rigoroso a condutas valorativamente menos graves: a pena do homicídio simples (mínimo de seis anos de reclusão) é inferior à pena de falsificação ou de alteração de cosméticos ou saneantes ou de ilícito administrativo alçado à categoria de fato criminoso (mínimo de dez anos de reclusão). A conclusão final é, portanto, pela manifesta ofensa aos princípios constitucionais da ofensividade e da proporcionalidade".[3]

3 FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*, p. 257.

Capítulo 25

Emprego de Processo Proibido ou de Substância não Permitida

Emprego de processo proibido ou de substância não permitida

Art. 274. Empregar, no fabrico de produto destinado a consumo, revestimento, gaseificação artificial, matéria corante, substância aromática, antisséptica, conservadora ou qualquer outra não expressamente permitida pela legislação sanitária:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *emprego de processo proibido ou de substância não permitida* está previsto pelo art. 274 do Código Penal. De acordo com a redação constante do mencionado tipo penal, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de *empregar*, no fabrico de produto destinado a consumo; b) revestimento, gaseificação artificial, matéria corante, substância aromática, antisséptica, conservadora; c) ou qualquer outra não expressamente permitida pela legislação sanitária.

O núcleo *empregar* tem o significado de utilizar, valer-se de, aplicar etc. A conduta é dirigida finalisticamente à *fabricação de produto destinado ao consumo*. Isso significa que o agente, com o seu comportamento, coloca em risco um número indeterminado de pessoas, haja vista que o produto por ele fabricado será destinado a consumo público.

Cuida-se, *in casu*, de norma penal em branco, uma vez que todos os comportamentos previstos pelo tipo penal somente poderão ser observados mediante exame do complemento oriundo da legislação sanitária.

O art. 274 do Código Penal determina, ainda, a realização de uma interpretação analógica, uma vez que nos fornece, inicialmente, uma fórmula casuística, exemplificativa (emprego, no fabrico de produto destinado a consumo, de

revestimento, gaseificação artificial, matéria corante, substância aromática, antisséptica, conservadora), seguida de uma fórmula genérica (*ou qualquer outra não expressamente permitida pela legislação sanitária*).

Luiz Regis Prado resume, com precisão, as hipóteses elencadas expressamente pelo art. 274 do Código Penal, dizendo:

> "a) *revestimento* – é o envoltório usado no fabrico para cobrir o produto destinado a consumo. Em realidade, faz parte dele. Não se trata daquele outro envoltório usado para protegê-lo na prática do comércio. Cite-se que há determinados queijos que só podem ser envoltos em papel metálico; b) *gaseificação artificial* – visa dissolver gases convenientemente indicados nessas substâncias, por processo de manipulação adequado. É utilizada em refrigerantes, por exemplo; c) *matéria corante* – o seu emprego é permitido, desde que sejam respeitadas a natureza e quantidade estipuladas em lei. Serve para dar cor aos produtos; d) *substância aromática* – por vezes, faz parte do próprio produto destinado a consumo e, por outras, pode ser-lhe acrescentado com o escopo de melhorar o paladar ou perfumá-lo. Como exemplos, tem-se o óleo essencial, o aroma natural e artificial, a solução alcoólica de essência natural (como canela, cravo, noz – moscada etc.), entre outros; e) *substância antisséptica* – é utilizada para evitar ou obstaculizar a fermentação de matéria orgânica. São mencionados, nesse caso, ácido salicílico e salicilatos, água oxigenada etc.; f) *substância conservadora* – é usada para [...] evitar ou protelar sua alteração pela invasão ou proliferação de germes. Impede a fermentação. Ex.: sal de cozinha, açúcar, álcool, azeite etc."[1]

Para a correta compreensão e aplicação do art. 274 do Código Penal, deverá ser, obrigatoriamente, consultada a legislação sanitária que lhe é pertinente, a exemplo do Decreto-Lei nº 986, de 21 de outubro de 1969, que institui normas básicas sobre alimentos; da Lei nº 6.150, de 3 de dezembro de 1974, que dispõe sobre a obrigatoriedade da iodação do sal destinado ao consumo humano; da Lei nº 10.273, de 5 de setembro de 2001, que dispõe sobre o uso de bromato de potássio na farinha e nos produtos de panificação etc.

Utilizando a expressão *produto destinado a consumo*, a lei penal amplia, sobremaneira, o seu campo de atuação, haja vista que todos os produtos, sejam eles comestíveis ou não, a exemplo dos brinquedos, produtos de higiene pessoal etc., estão por ela abrangidos.

1 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 3, p. 578-579.

Cuida-se, segundo entendemos, de delito de perigo concreto, cuja demonstração da criação de risco deverá ser demonstrada caso a caso. No entanto, a doutrina, majoritariamente, posiciona-se no sentido contrário, entendendo como de perigo abstrato a infração penal de *emprego de processo proibido ou de substância não permitida*.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2ª, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto (embora haja divergência doutrinária nesse sentido, pois se tem entendido, majoritariamente, tratar-se de crime de perigo abstrato, presumido); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *emprego de processo proibido ou de substância não permitida*, não exigindo o tipo penal em estudo nenhuma qualidade ou condição especial.

Sujeito passivo é a sociedade.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

O bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *emprego de processo proibido ou de substância não permitida* é a incolumidade pública, consubstanciada, no caso, especificamente, na saúde pública.

O objeto material é o produto destinado a consumo.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Consuma-se o delito em exame quando o agente, efetivamente, após empregar, no fabrico de produto destinado à consumo, revestimento, gaseificação artificial, matéria corante, substância aromática, antisséptica, conservadora ou qualquer outra não expressamente permitida pela legislação sanitária, cria uma situação concreta de risco à incolumidade pública.

A maioria da doutrina, no entanto, entende ser de perigo abstrato, presumido, o delito tipificado no art. 274 do Código Penal, bastando, outrossim, para efeitos de sua consumação, a simples prática do conduta descrita no núcleo do tipo, independentemente da necessidade de ser demonstrado, no caso concreto, que esse comportamento trouxe risco à incolumidade pública, posição com a qual

não podemos concordar, em virtude das determinações relativas ao princípio da lesividade, que deverá e poderá ser observado no delito em estudo.

Tratando-se de crime plurissubsistente, torna-se perfeitamente possível o raciocínio relativo à tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo art. 274 do Código Penal, não havendo previsão para a modalidade culposa.

O agente, no entanto, deve saber que emprega, no fabrico do produto destinado a consumo, revestimento, gaseificação artificial, matéria corante, substância aromática, antisséptica, conservadora ou qualquer outra não expressamente permitida pela legislação sanitária, pois, caso contrário, poderá ser alegado o erro de tipo, afastando-se o dolo e, consequentemente, a própria infração penal em estudo, tendo em vista a ausência de modalidade culposa.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo *empregar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria, na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para impedir o emprego de processo proibido ou de substância não permitida.

Assim, imagine-se a hipótese em que um fiscal da vigilância sanitária, sabendo que o agente empregava, por exemplo, no fabrico de produto destinado ao consumo, alguma substância não permitida expressamente pela legislação sanitária e, por estar insatisfeito com seus vencimentos, dolosamente, nada faz para impedir que o produto seja fabricado, permitindo, em virtude de sua omissão, a criação de risco para a incolumidade pública. Nesse caso, poderia ser responsabilizado, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. PENA, AÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *emprego de processo proibido ou de substância não permitida* é de reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, conforme alteração determinada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998.

Aplicam-se ao delito *sub examen* as majorantes previstas no art. 258 do Código Penal, nos termos do art. 285 do mesmo diploma repressivo.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, desde que não incida o art. 258 do Código Penal.

9. DESTAQUE

9.1. Crime contra a economia popular

Se o agente vier expor à venda ou vender mercadoria ou produto alimentício, cujo fabrico haja desatendido a determinações oficiais, quanto ao peso e composição, estaremos diante de um crime contra a economia popular, tipificado no inciso III do art. 2º da Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951.

Capítulo 26

Invólucro ou Recipiente com Falsa Indicação

Invólucro ou recipiente com falsa indicação

Art. 275. Inculcar, em invólucro ou recipiente de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais, a existência de substância que não se encontra em seu conteúdo ou que nele existe em quantidade menor que a mencionada:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *invólucro ou recipiente com falsa indicação* está previsto pelo art. 275 do Código Penal. De acordo com a redação da mencionada figura típica, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de *inculcar*, em invólucro ou recipiente de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais; b) a existência de substância que não se encontra em seu conteúdo; c) ou que nele existe em quantidade menor que a mencionada.

O núcleo *inculcar* deve ser entendido no sentido de cunhar, estampar, divulgar, indicar. Especifica a lei penal que a conduta do agente deve ser dirigida a invólucro ou recipiente de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais. A redação original do artigo não previa os produtos terapêuticos, sendo levada a efeito a sua inclusão por intermédio da Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998.

Produto, de acordo com as precisas lições de Mirabete,

> "é a coisa beneficiada, fabricada industrialmente ou manufaturada. O produto alimentício é qualquer preparado destinado a alimentação, alimento ou bebida, e produto terapêutico ou medicinal é aquele usado com o fim de prevenção, melhora ou cura de doenças".[1]

1 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*, v. 3, p. 163.

Podemos compreender por *invólucro* tudo aquilo que serve para envolver, embrulhar a substância alimentícia, terapêutica ou medicinal, a exemplo do rótulo ou mesmo da bula. *Recipiente* é o objeto capaz de conter, acondicionar líquidos ou sólidos, a exemplo das embalagens de plástico, alumínio, vidro etc.

São duas as situações que devem ser analisadas. Na primeira, o agente inculca a existência de substância que não se encontra em seu conteúdo, ou seja, a informação é falsa, pois cria uma situação de perigo para as pessoas que adquirem, por exemplo, aquele produto, porque necessitam fazer a ingestão daquela substância mencionada, mas não existente. No segundo caso, a substância existe, mas a sua quantidade é menor do que a informada no invólucro ou recipiente. Nas duas hipóteses, entendemos que deverá ser demonstrada, no caso concreto, a criação do risco à incolumidade pública pelo agente, ao contrário da doutrina majoritária, que assevera se tratar de um crime de perigo abstrato.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese do agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto (embora haja divergência doutrinária nesse sentido, pois se tem entendido, majoritariamente, tratar-se de um crime de perigo abstrato, presumido); de forma vinculada (pois a lei penal menciona os modos pelos quais o delito poderá ser praticado, vale dizer, inculcando em invólucro ou recipiente de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais, a existência de *substância que não se encontra em seu conteúdo* ou *que nele existe em quantidade menor que a mencionada*); instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *invólucro ou recipiente com falsa indicação*, não exigindo o tipo penal em estudo nenhuma qualidade ou condição especial.

O sujeito passivo é a sociedade.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

O bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *invólucro ou recipiente com falsa indicação* é a incolumidade pública, consubstanciada, no caso, especificamente, na saúde pública.

O objeto material é o invólucro ou recipiente de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito de *invólucro ou recipiente com falsa indicação* se consuma quando, após a inculcação das informações falsas, o agente cria, efetivamente, uma situação de risco à incolumidade pública. Assim, segundo nosso posicionamento, não basta que tenha, por exemplo, feito estampar em invólucro do produto (alimentício, terapêutico ou medicinal) substância inexistente, mas, sim, que, com esse comportamento, tenha exposto a perigo a saúde pública.

Dessa forma, se o agente, depois de estampar as falsas informações, não colocou o produto à disposição do público, o fato deverá ser considerado um indiferente penal ou, no máximo, entendido como um ato de preparação.

A tentativa é admissível, tendo em vista tratar-se de crime plurissubsistente.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo art. 275 do Código Penal, não havendo previsão para a modalidade culposa.

O agente, portanto, deve, volitiva e conscientemente, inculcar, em invólucro ou recipiente de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais, a existência de substância que não se encontre em seu conteúdo ou que nele exista em quantidade menor que a mencionada. Se, por exemplo, por erro, imaginar que a substância existe ou que a quantidade referida no invólucro é a correta, o fato será considerado um indiferente penal, em virtude do erro de tipo, haja vista a inexistência da modalidade culposa do delito em análise.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo *inculcar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria, na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para impedir a inculcação, em invólucro ou recipiente de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais.

Assim, imagine-se a hipótese em que o agente seja contratado pela empresa responsável pela fabricação do produto medicinal, a fim de levar a efeito o controle não só do conteúdo de cada substância comercializada, como também das informações constantes do seu invólucro ou recipiente, mas, percebendo o erro no que dizia respeito, *v.g.*, à quantidade de determinada substância, que era menor do que a efetivamente informada, dolosamente, querendo prejudicar a empresa em virtude de sua insatisfação com a remuneração que recebia, permita seja inculcado no mencionado invólucro a informação equivocada. Nesse caso, poderá ser responsabilizado pela sua omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. PENA, AÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *invólucro ou recipiente com falsa indicação* é de reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, conforme alteração determinada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998.

Aplicam-se ao delito *sub examen* as majorantes previstas no art. 258 do Código Penal, nos termos do art. 285 do mesmo diploma repressivo.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, desde que não incida o art. 258 do Código Penal.

9. DESTAQUE

9.1. Falsa indicação em folhetos ou catálogos informativos

A falsa indicação em folhetos ou catálogos informativos não se configura no delito de *invólucro ou recipiente com falsa indicação*, podendo o fato se amoldar à figura típica constante do art. 175 do Código Penal, que prevê o delito de *fraude no comércio*.

Capítulo 27

Produto ou Substância nas Condições dos dois Artigos Anteriores

Produto ou substância nas condições dos dois artigos anteriores

Art. 276. Vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, entregar a consumo produto nas condições dos arts. 274 e 275:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

1. INTRODUÇÃO

O art. 276 do Código Penal prevê uma norma primariamente remetida (norma penal em branco), na qual entende-se como criminosa a conduta daquele que vende, expõe à venda, tem em depósito para vender ou, de qualquer forma, entrega para consumo produto nas condições dos arts. 274 e 275 do Código Penal.

O núcleo *vender*, utilizado pelo texto legal, significa entregar por um preço certo, alienar onerosamente, comercializar; *expor à venda* diz respeito àquele que tem os produtos disponíveis, à vista dos consumidores; *ter em depósito para vender* significa que o agente mantém guardados, armazenados, os produtos com a finalidade de, futuramente, transacioná-los. O art. 276 determina, ainda, a realização de uma interpretação analógica, pois também considera como delituoso o comportamento daquele que, *de qualquer forma*, entrega a consumo produto nas condições dos arts. 274 e 275 do Código Penal.

Conforme esclarece Noronha, devemos nos lembrar apenas de:

> "que o delito em apreço não é *especial*: não é crime do comerciante. Este comércio, que apenas significa a prática das operações indicadas, ainda que isoladas e não repetidas, não deve, pois, ser apreciado com subordinação ao conceito do

direito comercial, isto é, não é mister, portanto, que configure, necessariamente, a respectiva profissão, caracterizada pela série contínua e renovável dos mesmos atos. Basta, pois, a prática de um só, seja ou não realizado pelo comerciante.

Em qualquer uma das modalidades, não é preciso, pois, o *exercício do comércio*, podendo qualquer pessoa cometer, então, o crime, exceto se já praticou um dos delitos dos artigos antecedentes, quando o do presente dispositivo estará em progressão com ele".[1]

Trata-se de um tipo misto alternativo, no qual a prática de mais de um comportamento importa em infração penal única.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto (embora haja divergência doutrinária nesse sentido, pois se tem entendido, majoritariamente, tratar-se de um crime de perigo abstrato, presumido); de forma livre; instantâneo (nas modalidades vender e entregar) e permanente (nas modalidades expor à venda e ter em depósito para vender); monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito tipificado no art. 276 do Código Penal, não exigindo o tipo em estudo nenhuma qualidade ou condição especial.

O sujeito passivo é a sociedade.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

O bem juridicamente protegido pelo tipo penal constante do art. 276 do estatuto repressivo é a incolumidade pública, consubstanciada, no caso, especificamente, na saúde pública.

O objeto material é o produto destinado a consumo, bem como o invólucro ou recipiente de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais.

1 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 38.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando o agente pratica qualquer uma das condutas previstas no tipo penal do art. 276, criando, assim, uma situação de risco concreto à incolumidade pública.

Entendemos ser possível a tentativa, em virtude de se tratar de delito plurissubsistente.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo art. 276 do Código Penal, não havendo previsão para a modalidade culposa.

A conduta do agente, portanto, deve ser dirigida finalisticamente no sentido de vender, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, entregar a consumo produto nas condições dos arts. 274 e 275. Assim, para que o sujeito responda pela infração penal tipificada no art. 276 do Código Penal, deverá ter o conhecimento de que, por exemplo, a substância ou produto que comercializa contém substância não permitida pela legislação sanitária ou que o seu invólucro apregoa a existência de substância que não se encontra em seu conteúdo, pois, caso contrário, poderá ser arguido o erro de tipo, conduzindo à atipicidade do fato, por ausência de previsão da modalidade culposa.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos *vender, expor à venda, ter em depósito* e *entregar* a consumo pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria, na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para impedir a prática por alguém de um dos comportamentos ativos narrados pela figura típica em análise.

8. PENA, AÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito tipificado no art. 276 do Código Penal é de reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, conforme alteração determinada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998.

Aplicam-se ao delito *sub examen* as majorantes previstas no art. 258 do Código Penal, nos termos do art. 285 do mesmo diploma repressivo.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, desde que não incida o art. 258 do Código Penal.

9. DESTAQUE

9.1. Produto de primeira necessidade

Tem-se entendido, de acordo com a posição de Hungria,[2] que se o produto for de primeira necessidade, será aplicado o inciso III do art. 2º da Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951, que dispõe sobre os crimes contra a economia popular, *verbis*:

> **Art. 2º.** São crimes desta natureza:
>
> I – [...];
>
> II – [...];
>
> III – expor à venda ou vender mercadoria ou produto alimentício, cujo fabrico haja desatendido a determinações oficiais, quanto ao peso e composição.

2 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 121.

CAPÍTULO 28

SUBSTÂNCIA DESTINADA À FALSIFICAÇÃO

Substância destinada à falsificação

Art. 277. Vender, expor à venda, ter em depósito ou ceder substância destinada à falsificação de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

1. INTRODUÇÃO

Ainda no Capítulo III (Dos Crimes contra a Saúde Pública), inserido no Capítulo VIII (Dos Crimes contra a Incolumidade Pública) da Parte Especial do Código Penal, encontramos o delito de *substância destinada à falsificação*, tipificado no art. 277 do mencionado estatuto legal. De acordo com a redação típica, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de vender, expor à venda, ter em depósito ou ceder; b) substância destinada à falsificação de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais.

Dos quatro comportamentos previstos pelo tipo penal em estudo, somente um deles não foi consignado no art. 276 do Código Penal, já analisado, vale dizer, a conduta de *ceder* substância destinada à falsificação de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais.

O verbo *ceder* importa em qualquer tipo de transferência da substância referida, desde que não diga respeito à venda, pois esta se encontra compreendida no núcleo *vender*, o primeiro constante da mencionada redação típica. Dessa forma, *ceder* pode ser compreendido como doar, emprestar, trocar, enfim, qualquer tipo de cessão, entendida em sentido amplo, que não importe em venda.

Salienta Noronha:

> "Trata-se exclusivamente de *substância*, ficando excluídas outras coisas, tais como utensílios, aparelhos ou máquinas

> usados na falsificação. Ainda: a disposição soa (*sic*) – substância *destinada* a esse objetivo – e como isso deve ser considerada não apenas aquela cuja finalidade exclusiva é a de falsificar, como a que tem outros fins, porém, na espécie, se destina ao incriminado".[1]

Na verdade, o agente que pratica qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo penal do art. 277 poderia ser punido considerando as disposições do art. 29 do Código Penal, seja a título de coautoria ou mesmo de participação, pois, quando vende, expõe à venda, tem em depósito ou cede a substância, deve saber que aquele que a adquire tem por finalidade utilizá-la na falsificação de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais.

Conforme esclarece Hungria,

> "é necessário, para existência do crime, que a *substância proibida* seja vendida, exposta à venda, mantida em depósito ou cedida para o fim de ser empregada na falsificação do produto. Assim, determinados corantes, sub-rogados, ácidos, agentes conservadores ou antissépticos etc., que podem servir à contrafação de tal ou qual produto, não serão elemento do crime se destinados a fins outros, não relacionados à genuidade desse produto".[2]

O tipo penal do art. 277 também teve sua redação alterada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998, que incluiu o produto terapêutico que não constava da redação original, sem contar o fato de que a pena cominada foi sensivelmente aumentada, elevando-se de mera detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, para reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

Cuida-se de um tipo misto alternativo, no qual a prática de mais de um comportamento importará em infração penal única.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto (embora haja divergência doutrinária nesse sentido, pois se tem entendido, majoritariamente, tratar-se de crime de perigo abstrato, presumido); de forma livre; instantâneo (nas modalidades vender e ceder) e permanente (nas modalidades expor à venda e ter em depósito); monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

1 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 41.
2 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 122.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *substância destinada à falsificação*, não exigindo o tipo em estudo nenhuma qualidade ou condição especial.

O sujeito passivo é a sociedade.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

O bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *substância destinada à falsificação* é a incolumidade pública, consubstanciada, no caso, especificamente, na saúde pública.

O objeto material é a substância destinada à falsificação de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito de *substância destinada à falsificação* se consuma quando o agente, praticando qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo penal, ou seja, vende, expõe à venda, tem em depósito ou cede substância destinada à falsificação de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais, cria, efetivamente, uma situação de risco à incolumidade pública, tratando-se, pois, de uma infração penal de perigo concreto, que deverá, obrigatoriamente, ser demonstrado caso a caso.

Conforme dissemos, a maioria de nossos doutrinadores posiciona-se contrariamente ao nosso entendimento, asseverando que o perigo, *in casu*, é presumido, bastando que o agente pratique qualquer dos comportamentos típicos para efeitos de consumação do delito, independentemente se, no caso concreto, sua conduta criou ou não um risco efetivo para a incolumidade pública, a exemplo de Cezar Roberto Bitencourt,[3] quando afirma que o perigo se presume, *juris et de jure*, isto é, não admitindo prova em contrário.

Tratando-se de crime plurissubsistente, torna-se possível o raciocínio relativo ao *conatus*.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo art. 277 do Código Penal, não havendo previsão para a modalidade culposa.

A conduta do agente, portanto, deve ser dirigida finalisticamente no sentido de vender, expor à venda, ter em depósito ou ceder substância destinada à falsificação de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais.

3 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 4, p. 256.

Assim, para que o sujeito responda pela infração penal tipificada no art. 277 do Código Penal, deverá ter o conhecimento de que a terceira pessoa que adquire a substância a utilizará na falsificação de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais, pois, caso contrário, poderá ser alegado o erro de tipo, afastando-se o dolo e, consequentemente, a própria infração penal, por ausência da modalidade de natureza culposa.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos *vender, expor à venda, ter em depósito* ou *ceder* substância destinada à falsificação de produtos alimentícios, terapêuticos ou medicinais pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria, na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para impedir a prática por alguém de um dos comportamentos ativos narrados pela figura típica em análise.

8. PENA, AÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito tipificado no art. 277 do Código Penal é de reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, conforme alteração determinada pela Lei nº 9.677, de 2 de julho de 1998.

Aplicam-se ao delito *sub examen* as majorantes previstas no art. 258 do Código Penal, nos termos do art. 285 do mesmo diploma repressivo.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, desde que não incida o art. 258 do Código Penal.

CAPÍTULO 29

OUTRAS SUBSTÂNCIAS NOCIVAS À SAÚDE PÚBLICA

Outras substâncias nocivas à saúde pública

Art. 278. Fabricar, vender, expor à venda, ter em depósito para vender ou, de qualquer forma, entregar a consumo coisa ou substância nociva à saúde, ainda que não destinada à alimentação ou a fim medicinal:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Modalidade culposa

Parágrafo único. Se o crime é culposo:

Pena – detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano.

1. INTRODUÇÃO

O art. 278 do Código Penal, visando, ainda, proteger a saúde pública, proíbe que alguém fabrique, venda, exponha à venda, tenha em depósito para vender ou, de qualquer forma, entregue a consumo coisa ou substância nociva à saúde, ainda que não destinada à alimentação ou a fim medicinal.

Conforme salienta Fragoso,

> "além da extensa tutela jurídico-penal à saúde pública, em torno à produção e consumo de substâncias alimentícias ou medicinais, entendeu o legislador de contemplar a produção e consumo de outras substâncias ou coisas nocivas à saúde, no dispositivo em exame.
>
> [...].
>
> *Fabricar* é produzir industrialmente ou preparar. Objeto material da ação deve ser aqui, porém, coisa (objeto corpóreo) ou substância não alimentícia nem medicinal, *nociva à saúde*, isto é, que seja idônea para causar dano ao normal

desenvolvimento físico-psíquico da pessoa ou à normalidade de suas funções orgânicas. O grau de nocividade é irrelevante, mas poderá ser considerado na aplicação da pena. As coisas ou substâncias aqui consideradas podem ser de qualquer natureza (perfumes, cosméticos, cigarros, chupetas, dentrifícios etc.) desde que destinadas a consumo público".[1]

As demais condutas previstas no tipo penal em exame já foram objeto de análise, razão pela qual deixaremos de mencioná-las.

Tal como ocorre com os artigos anteriores, entendemos que a infração penal constante do art. 278 do Código Penal é de perigo concreto. Assim, deverá ser demonstrado, caso a caso, que, além de ser a coisa ou substância nociva à saúde, a conduta levada a efeito pelo agente criou uma situação concreta de perigo à saúde pública. Por mais uma vez alertamos que essa posição não goza da predileção da maioria dos autores, que insistem em afirmar, contrariamente às determinações inerentes ao princípio da lesividade, que estamos diante de uma situação de perigo presumido, não se exigindo prova da sua ocorrência efetiva no caso concreto, bastando a simples prática de qualquer das condutas narradas no tipo penal.

Trata-se, ainda, de tipo misto alternativo, no qual a realização de mais de um comportamento importará em infração penal única. Assim, aquele que fabrica, expõe à venda e, finalmente, vende coisa ou substância nociva à saúde será responsável por um único crime.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2ª, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese do agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto (embora haja divergência doutrinária nesse sentido, pois se tem entendido, majoritariamente, tratar-se de um crime de perigo abstrato, presumido); de forma livre; instantâneo (nas modalidades fabricar, vender e entregar) e permanente (nas modalidades expor à venda e ter em depósito para vender); monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito tipificado no art. 278 do Código Penal, não exigindo o tipo em estudo nenhuma qualidade ou condição especial.

O sujeito passivo é a sociedade.

1 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal* – parte especial, v. 3, p. 229/230.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

O bem juridicamente protegido pelo tipo penal constante do art. 278 do diploma repressivo é a incolumidade pública, consubstanciada, no caso, especificamente, na saúde pública.

O objeto material é a coisa ou substância nociva à saúde.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito de *outras substâncias nocivas à saúde pública* se consuma quando o agente, praticando qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo penal, ou seja, fabrica, vende, expõe à venda, tem depósito para vender ou, de qualquer forma, entrega a consumo coisa ou substância nociva à saúde, ainda que não destinada à alimentação ou a fim medicinal, cria, efetivamente, uma situação de risco à incolumidade pública, tratando-se, pois, de infração penal de perigo concreto, que deverá, obrigatoriamente, ser demonstrado.

Tratando-se de crime plurissubsistente, torna-se possível o reconhecimento da tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo *caput* do art. 278 do Código Penal.

Assim, o agente deve saber que, ao praticar uma das condutas previstas pelo tipo, entrega a consumo coisa ou substância nociva à saúde. A ausência desse conhecimento importará no reconhecimento do erro de tipo. Se for escusável o erro, afastará o dolo e a culpa; sendo inescusável o erro, o agente responderá pelo delito a título de culpa, nos termos da parte final do art. 20 do Código Penal.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos *fabricar, vender, expor à venda, ter em depósito para vender* ou, de qualquer forma, *entregar* a consumo coisa ou substância nociva à saúde, ainda que não destinada à alimentação ou a fim medicinal, pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria, na hipótese em que o agente, garantidor, dolosa ou culposamente, podendo, nada fizer para impedir a prática por alguém de um dos comportamentos ativos narrados pela figura típica em análise.

8. MODALIDADE CULPOSA

O parágrafo único do art. 278 do Código Penal prevê a modalidade culposa do delito de *outras substâncias nocivas à saúde pública*, dizendo, *verbis*:

> **Parágrafo único.** Se o crime é culposo:
>
> Pena – detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano.

Assim, por exemplo, se o agente, deixando de observar o seu necessário e exigível dever objetivo de cuidado, fabricar determinado produto para consumo público, negligentemente, não levar a efeito a pesquisa relativa à sua nocividade e, com o seu comportamento, trouxer perigo à incolumidade pública, deverá ser responsabilizado pelo delito tipificado no parágrafo único do art. 278 do Código Penal.

9. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao *caput* do art. 278 do Código Penal é de detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Para a modalidade culposa foi prevista uma pena de detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano.

Aplicam-se ao delito *sub examen* as majorantes previstas no art. 258 do Código Penal, nos termos do art. 285 do mesmo diploma repressivo.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento da modalidade culposa do delito tipificado no art. 278 do Código Penal, desde que não aplicada a majorante prevista no art. 258 do Código Penal, pois a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, desde que não incida, na modalidade dolosa, o art. 258 do Código Penal.

CAPÍTULO 30

MEDICAMENTO EM DESACORDO COM RECEITA MÉDICA

Medicamento em desacordo com receita médica

Art. 280. Fornecer substância medicinal em desacordo com receita médica:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, ou multa.

Modalidade culposa

Parágrafo único. Se o crime é culposo:

Pena – detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *medicamento em desacordo com receita médica* está tipificado pelo art. 280 do Código Penal. De acordo com a redação legal, podemos destacar os seguintes elementos: a) a conduta de fornecer substância medicinal; b) que não esteja de acordo com receita médica.

O núcleo *fornecer* é utilizado no texto do art. 280 do Código Penal no sentido de entregar, ministrar, proporcionar, seja a título gratuito ou oneroso, substância medicinal, ou seja, aquela voltada a curar a enfermidade de que está acometido o doente.

O fornecimento criminoso é aquele que se encontra em desacordo com a receita médica, que significa a prescrição escrita levada a efeito exclusivamente pelo médico. A receita é tão importante que o Capítulo III do Código de Ética Médica, ao cuidar da responsabilidade profissional, diz, em seu art. 39, ser vedado ao médico receitar de forma ilegível, o que dificultaria, sobremaneira, a ministração correta do medicamento no que diz respeito à sua qualidade e quantidade.

Salienta Luiz Regis Prado:

> "O desacordo entre a receita médica expedida e a substância medicinal fornecida pode referir-se à sua espécie, qualidade e quantidade. Desse modo, ainda que a substituição feita pelo

> farmacêutico seja benéfica, isto é, que a troca da substância tenha ocorrido por outra de melhor qualidade, por exemplo, responderá ele pelo crime do art. 280, pois a lei penal tutela a saúde pública, ameaçada por semelhante arbitrariedade. Não se pode admitir que o farmacêutico desrespeite as ordens médicas, mesmo que a sua intenção seja para beneficiar o doente, pois somente o médico sabe das suas condições físicas (se é alérgico ou não a determinado componente etc.). Se o que se pune, como já mencionado, é a arbitrariedade cometida pelo farmacêutico, mesmo que daí não advenha prejuízo algum ao doente, será responsabilizado pelo crime".[1]

Apesar da força do raciocínio do renomado autor, não podemos concordar com ele totalmente. Isso porque, segundo entendemos, ao contrário da posição doutrinária majoritária, estamos diante de um crime de perigo concreto que deverá ser demonstrado caso a caso, em obediência às determinações relativas ao princípio da lesividade. Não seria razoável que o farmacêutico, por exemplo, fosse punido sem que seu comportamento viesse a trazer o menor risco para a integridade física ou a vida do doente, a exemplo daquele que ministra, na ausência da substância solicitada pelo médico, outra com características idênticas e de qualidade comprovadamente superior.

Por essa razão é que temos de repelir a tese amplamente majoritária em nossa doutrina, que se contenta e aceita o raciocínio relativo aos delitos de perigo abstrato. O Direito Penal deve procurar fazer a justiça do caso concreto, e não seria razoável punir alguém cujo comportamento não tenha criado a menor situação de risco ao bem jurídico.

Deve ser observado, ainda, que embora o delito tipificado no art. 280 do Código Penal se encontre no rol relativo aos crimes contra a incolumidade pública, dando a entender que o comportamento levado a efeito pelo agente atinge um número indeterminado de pessoas, não é isso que ocorre com a infração penal em estudo, pois somente uma pessoa específica se vê numa situação de risco com a conduta praticada pelo agente. Nesse caso, melhor seria que o delito em questão estivesse contido no Capítulo III (Da Periclitação da Vida e da Saúde) do Título I (dos Crimes contra a Pessoa) da Parte Especial do Código Penal.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto (embora haja

1 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 3, p. 606/607.

divergência doutrinária nesse sentido, pois se tem entendido, majoritariamente, tratar-se de crime de perigo abstrato, presumido); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *medicamento em desacordo com receita médica*, não exigindo o tipo em estudo nenhuma qualidade ou condição especial. Trata-se, portanto, de crime comum, embora tal posição não seja pacífica na doutrina, a exemplo de Noronha, que afirma:

> "O crime do art. 280 é *especial*, isto é, só pode ser cometido por determinadas pessoas. Primeiramente, o farmacêutico que é quem fornece, em regra, a substância medicamentosa. Tanto pode ser o formado como o prático, devidamente autorizado. Não se excluem outras pessoas que vendem tais ou quais substâncias médicas (inclusive o *herbanário*)".[2]

Em sentido contrário, a nosso ver com acerto, posiciona-se Cezar Roberto Bitencourt, dizendo:

> "*Sujeito ativo* pode ser qualquer pessoa, e não apenas o farmacêutico, mas toda e qualquer pessoa que fornecer, de qualquer modo, substância medicinal em desacordo com a receita médica (balconista, prático etc.)".[3]

Sujeito passivo é a sociedade, bem como, mais especificamente, aquele a quem é entregue a substância medicinal em desacordo com a receita.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

O bem juridicamente protegido pelo tipo penal constante do art. 280 do diploma repressivo é a incolumidade pública, consubstanciada, no caso, especificamente, na saúde pública.

O objeto material é a substância medicinal em desacordo com a receita médica.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando o agente fornece, isto é, entrega à vítima a substância medicinal em desacordo com a receita, criando, outrossim, uma situação concreta de risco.

A tentativa é admissível, tendo em vista tratar-se, *in casu*, de um crime plurissubsistente.

2 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 50.

3 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 4, p. 262.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo *caput* do art. 280 do Código Penal.

Assim, a conduta do agente deve ser dirigida a fornecer à vítima substância medicinal em desacordo com receita médica. Caso o agente, por erro, venha acreditar que a quantidade da substância medicinal por ele entregue à vítima era aquela determinada pela receita médica, sendo inescusável o erro, poderá responder pela modalidade culposa, prevista no parágrafo único do art. 280 do Código Penal.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo *fornecer* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria, na hipótese em que o agente, garantidor, dolosa ou culposamente, percebendo que a substância medicinal preparada não se encontra de acordo com a prescrição médica, nada faz para impedir que seja entregue à vítima.

8. MODALIDADE CULPOSA

Determina o parágrafo único do art. 280 do Código Penal:

> **Parágrafo único.** Se o crime é culposo:
>
> Pena – detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano.

Assim, se o agente, deixando de observar o seu dever objetivo de cuidado, fornecer substância medicinal em desacordo com receita médica, o fato se amoldará ao parágrafo único acima transcrito.

9. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

O preceito secundário do art. 280 do Código Penal comina uma pena de detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, ou multa.

Aplicam-se ao delito *sub examen* as majorantes previstas no art. 258 do Código Penal, nos termos do art. 285 do mesmo diploma repressivo.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento da modalidade culposa do delito tipificado no art. 280 do Código Penal, pois a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, desde que não seja aplicado o art. 258 do Código Penal ao *caput* do art. 280 deste mesmo diploma legal.

10. DESTAQUES

10.1. Médico que prescreve medicamento com dose excessiva

Pode acontecer que, por erro, o médico tenha prescrito ao doente uma dose excessiva de determinada substância, fato que é percebido pelo farmacêutico ao fazer a leitura da receita. Nesse caso, poderá o farmacêutico desconsiderar a prescrição médica e ministrar, por sua conta, dose correta do medicamento?

Respondendo a essa indagação, Cezar Roberto Bitencourt, com razão, esclarece:

> "Caso o farmacêutico entenda haver na receita manifesto equívoco por parte do médico, deverá localizar este para que corrija expressamente o erro (art. 254 do regulamento do Departamento Nacional de Saúde); não encontrando o médico e sendo urgente a entrega do medicamento, poderá o farmacêutico corrigir a receita, agindo em estado de necessidade (art. 24 do CP)".[4]

10.2. Receita prescrita por dentistas e parteiras

O delito tipificado no art. 280 do Código Penal se configura quando o agente fornece substância medicinal em desacordo com receita médica. Por receita médica podemos compreender, também, aquelas prescrições escritas, levadas a efeito, por exemplo, por dentista ou mesmo parteiras?[5] A resposta, aqui, só pode ser negativa, sob pena de utilizarmos a analogia *in malam partem*, a fim de abrangermos um comportamento não expressamente previsto pelo tipo penal em estudo.

10.3. Farmacêutico que aumenta a dose, agindo com *animus necandi*

Se o farmacêutico, agindo com *animus necandi* (dolo de matar), ao perceber que havia recebido a receita pertencente ao seu maior desafeto, manipular a substância prescrita pelo médico, de modo a torná-la letal quando de seu consumo, e a vítima falecer, deverá responder pelo delito de homicídio qualificado (art. 121, § 2º, III) e não pelo crime de *medicamento em desacordo com receita médica*, devendo este último ser absorvido por aquele.

4 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 4, p. 262.

5 Excepcionalmente, permite-se aos dentistas e parteiras a prescrição de medicamentos, conforme se verifica pelos arts. 30 e 37, *d*, do Decreto nº 20.931, de 11 de janeiro de 1932, *verbis*: ***Art. 30.*** *O cirurgião-dentista somente poderá prescrever agentes anestésicos de uso tópico e medicamentos de uso externo para os casos restritos de sua especialidade.* ***Art. 37.*** *É vedado às parteiras: d) prescrever medicações, salvo a que for urgentemente reclamada pela necessidade de evitar ou combater acidentes graves que comprometam a vida da parturiente, do feto ou recém-nascido.*

10.4. Lei Antidrogas

Diz o art. 38 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, *verbis*:

> **Art. 38.** Prescrever ou ministrar, culposamente, drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
>
> Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) dias-multa.
>
> **Parágrafo único.** O juiz comunicará a condenação ao Conselho Federal da categoria profissional a que pertença o agente.

CAPÍTULO 31

EXERCÍCIO ILEGAL DA MEDICINA, ARTE DENTÁRIA OU FARMACÊUTICA

> **Exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica**
>
> **Art. 282.** Exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites:
>
> Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.
>
> **Parágrafo único.** Se o crime é praticado com o fim de lucro, aplica-se também multa.

1. INTRODUÇÃO

O inciso XIII do art. 5º da Constituição Federal diz ser *livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer*.

Como se percebe pela redação do inciso constitucional, embora a liberdade relativa a qualquer trabalho, ofício ou profissão se encontre no rol dos direitos individuais e coletivos, o seu exercício é limitado ao preenchimento de certos requisitos legais, habilitando o profissional para as atividades que lhe são pertinentes.

O exercício de certas profissões sem a necessária habilitação é tão grave que o comportamento praticado pelo agente é tipificado pela lei penal, como ocorre com o delito de *exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica*, previsto pelo art. 282 do Código Penal. De acordo com a redação constante do mencionado artigo, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico; b) sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites.

O núcleo *exercer* pressupõe habitualidade. Trata-se, portanto, de um delito habitual, que exige um comportamento contínuo do agente. O sujeito, portanto,

atua com regularidade, continuamente, exercendo a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, podendo fazer disso um meio de vida, isto é, almejando lucro ou mesmo, atuando de forma gratuita pelo simples prazer de exercer uma profissão para a qual não se encontra legalmente habilitado.

Comete o delito em estudo não somente aquele que exerce as mencionadas profissões *sem autorização legal*, como também aquele que, mesmo estando inicialmente habilitado para exercê-las, sendo, portanto, médico, dentista ou farmacêutico, excede os limites que lhe são legalmente determinados.

Conforme esclarece Hungria,

> "quando ocorre a primeira hipótese, o que se apresenta é o exercício profissional sem qualquer *título* de habilitação ou sem registro deste na repartição competente.
>
> [...].
>
> No que respeita à segunda hipótese (exorbitância dos limites da autorização), a regra geral é que 'a cada um o seu ofício': o médico não pode meter-se a manipular remédios (salvo quando se trate de preparados que demandem conhecimentos extrafarmacêuticos...), do mesmo modo que o farmacêutico não pode prescrever medicamentos, ou o dentista tratar, por exemplo, de um câncer na boca".[1]

Não é incomum, ainda nos dias de hoje, encontrarmos os chamados "práticos", ou seja, sujeitos que não possuem habilitação legal para o exercício das profissões de médico, dentista ou farmacêutico, mas que assumem esses papéis, trazendo perigo à incolumidade pública em virtude da falta de conhecimentos técnicos necessários. Por mais que o "prático" possa até conseguir, em alguns casos de pouca importância, levar a efeito o tratamento correto, o fato de não possuir a necessária habilitação legal torna sua conduta perigosa, colocando em risco a vida e a integridade física das pessoas.

Embora a maioria da doutrina considere o delito tipificado no art. 282 do Código Penal como de perigo abstrato, presumido, entendemos que, em obediência ao princípio da lesividade, devemos considerá-lo como de perigo concreto, cuja demonstração deverá ser levada a efeito no caso concreto.

Cuida-se, ainda, de norma penal em branco, posto há necessidade de se aferir a autorização legal pertinente.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum no que diz respeito à conduta de exercer, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal,

1 HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*, v. IX, p. 145/146.

e próprio quando se refere ao fato de o sujeito exceder os seus limites, haja vista que somente o médico, o dentista e o farmacêutico podem praticá-lo; comum no que se refere ao sujeito passivo, pois o tipo penal não lhe aponta qualquer qualidade ou condição especial; doloso; comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto (embora haja divergência doutrinária nesse sentido, pois se tem entendido, majoritariamente, tratar-se de um crime de perigo abstrato, presumido); de forma vinculada (pois o próprio tipo penal indica o modo pelo qual deverá ser praticado); habitual; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte (dependendo do caso concreto, poderá não ser possível a realização de perícia, o que fará com que seja considerado um delito transeunte).

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa poderá ser *sujeito ativo* do delito em estudo quando a conduta disser respeito ao exercício, ainda que a título gratuito, da profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal. No entanto, somente esses profissionais é que poderão cometê-lo quando a conduta for praticada no sentido de exceder os limites determinados legalmente.

O sujeito passivo é a sociedade e, mais especificamente, as pessoas que foram atendidas pelo sujeito ativo, pois que foram colocadas diretamente em uma situação de risco.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

O bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica* é a incolumidade pública, consubstanciada, no caso, especificamente, na saúde pública.

O objeto material, segundo Guilherme de Souza Nucci, "é a profissão de médico, dentista ou farmacêutico".[2]

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando o agente, com habitualidade, exerce, seja a título gratuito ou oneroso, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico.

Em virtude da necessidade de reiteração de atos, característica do delito habitual, é que a doutrina, majoritariamente, rejeita a possibilidade de reconhecimento da tentativa.

No entanto, ao contrário do posicionamento majoritário, entendemos que, mesmo no delito habitual, é possível o reconhecimento do *conatus*, dependendo

2 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 911.

da hipótese concreta a ser analisada. Assim, imagine-se a situação do agente que, após montar um consultório dentário, não tendo a necessária habilitação legal, seja surpreendido ao dar início ao primeiro tratamento. Não tendo havido a regularidade do exercício ilegal da profissão de dentista, não podemos considerar o delito como consumado. Contudo, podemos afirmar que essa regularidade somente não ocorreu por circunstâncias alheias à vontade do agente, bem como raciocinar no sentido de que o primeiro tratamento já poderia ser considerado o ato que inauguraria a cadeia habitual, entendendo-o, portanto, como um ato de execução, e, não, de mera preparação.

Dessa forma, concluindo, não podemos descartar, de plano, a possibilidade de reconhecimento da tentativa. Somente por meio do caso concreto é que poderemos reconhecer ou não sua possiblidade.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O delito de *exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica* somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Assim, a conduta do agente deve ser dirigida no sentido de exercer, com habitualidade, ainda que a título gratuito, a profissão de médico, dentista ou farmacêutico, sem autorização legal ou excedendo-lhe os limites.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo *exercer* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria se o agente, garantidor, dolosamente, nada fizer para impedir que o sujeito pratique o delito tipificado no art. 282 do Código Penal.

Assim, imagine-se a hipótese em que um policial, sabendo que em determinado local funciona uma clínica dentária cujo proprietário não tem formação acadêmica necessária para exercer a profissão de dentista, dolosamente, nada faça para impedir que o agente continue, regularmente, a atender as pessoas que o procuram, acreditando ser ele um profissional habilitado. Nesse caso, poderia o policial responder pelo delito em estudo, conforme o disposto no art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada no preceito secundário do art. 282 do Código Penal é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Nos termos do parágrafo único do mencionado artigo, se o crime é praticado com o fim de lucro, aplica-se, também, a multa.

Aplicam-se ao delito *sub examen* as majorantes previstas no art. 258 do Código Penal, nos termos do art. 285 do mesmo diploma repressivo.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito de *exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica*, desde que não aplicada a majorante prevista no art. 258 do Código Penal, pois a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

9. DESTAQUES

9.1. Exercício ilegal de profissão ou atividade

O art. 47 da Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688/41) prevê a contravenção penal de *exercício ilegal de profissão ou atividade, verbis*:

> **Art. 47.** Exercer profissão ou atividade econômica ou anunciar que a exerce, sem preencher as condições a que por lei está subordinado o seu exercício.

A contravenção penal acima transcrita se diferencia do delito tipificado no art. 282 do Código Penal. Embora o art. 47 do Decreto-Lei nº 3.688/41 faça menção ao exercício de profissão sem o preenchimento das condições legais, o Código Penal especializou a matéria, tratando com mais gravidade o fato quando esse exercício ilegal disser respeito à profissão de médico, dentista ou farmacêutico.

Deve ser ressaltado, ainda, que o delito tipificado no art. 282 do Código Penal tem como bem juridicamente protegido a incolumidade pública (mais especificamente a saúde pública), enquanto a contravenção penal prevista pelo art. 47 do Decreto-Lei nº 3.688/41 tutela a organização do trabalho.

9.2. Protético que exerce as funções de dentista

O exercício da profissão de técnico em prótese dentária está sujeito às disposições contidas na Lei nº 6.710, de 5 de novembro de 1979.

O art. 4º do mencionado diploma legal dispõe que é vedado aos técnicos em prótese dentária: I – prestar, sob qualquer forma, assistência direta a clientes;

II – manter, em sua oficina, equipamento e instrumental específico de consultório dentário; III – fazer propaganda de seus serviços ao público em geral.

Dessa forma, se um técnico em prótese dentária vier a exercer a profissão de dentista, incorrerá na infração penal tipificada no art. 282 do Código Penal, inclusive por disposição expressa constante do art. 8º da Lei nº 6.710/79, que diz, *verbis*:

> **Art. 8º.** Às infrações da presente Lei aplica-se o disposto no art. 282, do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.

9.3. Estado de necessidade e exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica

Embora a lei penal, ao prever o delito de exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica, tenha tido em mira a proteção da incolumidade pública, evitando o exercício de determinadas profissões por pessoa sem a necessária habilitação legal, tal fato não impede, dependendo do caso concreto, o afastamento da ilicitude do comportamento praticado pelo agente, sob o argumento do estado de necessidade.

Há lugares isolados, onde não existem médicos, dentistas ou farmacêuticos. Se alguém, nessas localidades, que possui conhecimentos básicos das profissões mencionadas, com a finalidade de auxiliar aquela comunidade carente de recursos, vier a exercê-las com regularidade, não se poderá imputar-lhe o delito em estudo, tendo em vista tratar-se de uma situação pertinente ao raciocínio do estado de necessidade.

Assim, de um lado teríamos, por exemplo, uma pessoa enferma, necessitando de cuidados médicos, que não lhe são proporcionados; do outro, o agente que, mesmo possuindo uma capacidade técnica mínima, tem condições de minimizar o sofrimento. Seria um absurdo impedir que o agente, mesmo de forma habitual, auxiliasse aquela população na ausência de profissional habilitado.

Hungria traz à colação outro exemplo:

> "Suponha-se que se verifique, numa distante aldeia, um surto de malária, e que certo indivíduo, dispondo de uma grande provisão de quinino, cuide de reparti-la sucessivamente entre todos os febrentos. Ninguém poderia reconhecer aí um crime".[3]

Da mesma forma aquele que exerce a profissão de dentista, levando a efeito procedimentos básicos, como a extração de dentes, em região onde não existe profissional habilitado.

3 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 150.

9.4. Registro do diploma

Embora o agente tenha, por exemplo, se graduado em curso superior, como de medicina, de odontologia ou de farmácia, o seu diploma não o habilita, ainda, para o exercício de uma dessas profissões, pois, conforme salienta Cezar Roberto Bitencourt, "não é o diploma, mas o registro respectivo que dá habilitação legal para o exercício da profissão".[4]

9.5. Médico, dentista ou farmacêutico suspenso das suas atividades

Caso o médico, dentista ou farmacêutico tenha sido suspenso de suas atividades em virtude de decisão judicial, o fato se subsumirá à figura típica constante do art. 359 do Código Penal, que diz:

> **Art. 359.** Exercer função, atividade, direito, autoridade ou múnus, de que foi suspenso ou privado por decisão judicial:
> Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

9.6. Crime único

Tendo em vista o fato de estarmos diante de um crime habitual, em que a reiteração de atos é necessária à sua configuração, o fato de o agente ter levado a efeito, por exemplo, vários atendimentos médicos, odontológicos ou farmacêuticos não importará em multiplicidade de infrações penais, mas, sim, em um único delito de *exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica.*

9.7. Parteiras

As parteiras ainda são muito comuns em nosso país, de proporções continentais. Os seus serviços são, muitas vezes, indispensáveis, tendo em vista a ausência de médicos ginecologistas obstetras.

Afastando-se a hipótese de estado de necessidade, já estudado, o trabalho levado a efeito pela parteira se configuraria no exercício ilegal da profissão de médico? Respondendo a essa indagação, esclarece Fragoso:

> "A assistência prestada a partos normais não constitui, por ausência de tipicidade, o crime em exame, pois seria exercício ilegal da profissão de parteira. Ao contrário de outras leis, não previu a nossa a hipótese em apreço como delituosa, sendo inadmissível a extensão analógica".[5]

4 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 4, p. 266.
5 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal* – Parte especial, v. 3, p. 265.

Capítulo 32

Charlatanismo

Charlatanismo

Art. 283. Inculcar ou anunciar cura por meio secreto ou infalível:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *charlatanismo* está tipificado no art. 283 do Código Penal. Pela redação da mencionada figura típica, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de *inculcar* ou *anunciar* cura; b) a utilização do agente, para tanto, de meio secreto ou infalível.

Pelo que se percebe do delito de charlatanismo, estamos diante de um estelionato com a saúde pública. Ao contrário do estelionato tipificado no art. 171 do Código Penal, em que o patrimônio da vítima é que corre risco em virtude do engodo, do ardil, da fraude utilizada pelo agente, no delito de charlatanismo é a saúde pública que se encontra nessa situação de risco.

Discorrendo sobre o delito *sub examen*, Flamínio Fávero, com precisão, aduz:

> "O termo charlatanismo vem de charlar, do italiano *ciarlare* que quer dizer conversar. De início, parece que só isso satisfazia os charladores. Enchiam o seu tempo e dos ouvintes, mais ou menos agradavelmente, conversando apenas. É como quem diz 'conversando fiado' ou 'dando pontos sem nós'.
>
> Depois, esses charladores julgaram de bom aviso unir o útil ao agradável e, então, vendiam drogas, apregoando-as com exagero: são os 'pontos com nós'...
>
> Mas a concorrência na luta pela vida é cada vez mais intensa. Daí, para a vitória, não bastou mais o exagero dos preconícios, envolvidos ainda de certa ilicitude e moralidade. Achou-se

> razoável prometer mais do que seria possível, oferecer coisas inexistentes, usar a embusteirice e a impostura. É já o terreno da imoralidade e do crime".[1]

Como destacamos, o charlatão se comporta no sentido de *inculcar* ou *anunciar cura* por *meio secreto* ou *infalível*. *Inculcar* é utilizado no texto legal no sentido de indicar, apregoar, recomendar meio secreto ou infalível para a cura de determinada doença; *anunciar* é fazer propaganda, alardear esse meio, seja por intermédio de jornais, revistas, rádio, televisão, folhetos, cartazes etc.

A cura a que se refere a lei penal diz respeito a determinadas doenças para as quais não exista tratamento próprio, de acordo com os conhecimentos científicos do momento, ou, mesmo já existindo, o agente propõe tratamento alternativo, por meio secreto ou infalível.

O *meio*, conforme esclarece Bento de Faria, pode ser constituído:

> "a) pelo *remédio secreto*, assim considerado o preparado oficial de fórmula não consignada nas farmacopeias, e o não licenciado pela repartição competente da Saúde Pública;
>
> b) ou *qualquer outro*, também inculcado como infalível, ainda que não consistente em drogas".[2]

O crime pode ser cometido por profissionais ligados à área da saúde, a exemplo dos médicos, como também por pessoas que lhe são estranhas, como camelôs que vendem, nas ruas e praças públicas, fórmulas já preparadas com ervas, plantas e outras misturas sabe-se lá com o que, e apregoam a cura de doenças como câncer, Aids, impotência sexual etc. São as conhecidas "garrafadas", em que a vítima, convencida pelo vendedor charlatão, se dispõe a experimentar aquele preparado sinistro, acreditando que será curada de sua doença.

Entendemos que o delito de charlatanismo somente se configura quando o agente que inculca ou anuncia cura por meio secreto ou infalível sabe que não a alcançará. Na verdade, ilude as pessoas ou, pelo menos, tenta iludi-las, com suas receitas secretas ou infalíveis, quando sabe que nada acontecerá. É um estelionatário da saúde pública. Por isso, não podemos concordar com Guilherme de Souza Nucci quando diz:

> "Ainda que seja um crédulo no que faz, o fato é que não deve assim proceder, por colocar em risco a saúde pública, podendo levar pessoas a não se tratarem em outros locais para se aventurarem em seara desconhecida e perigosa. A vontade, pois, deve voltar-se a divulgar cura por método infalível, creia nisso ou não".[3]

1 FÁVERO, Flamínio. *Medicina legal*, v. 2, p. 939-940.
2 FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro*, v. VI, p. 275.
3 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 912.

E se a fórmula secreta realmente curar? Qual o perigo que, efetivamente, ocorreu com a saúde pública? São as respostas a essas indagações que nos fazem discordar da conclusão do renomado autor. Estamos, portanto, com Hungria, quando afirma que a vontade do charlatão é dirigida "à inculcação ou anúncio de cura por meio secreto ou infalível, sabendo o agente que este é inteiramente ineficaz ou não tem as virtudes proclamadas. Se o agente acredita, sinceramente, na eficácia do tratamento, será um ignorante, mas não um charlatão".[4]

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto (embora haja divergência doutrinária nesse sentido, pois se tem entendido, majoritariamente, tratar-se de crime de perigo abstrato, presumido); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte (dependendo do caso concreto, poderá não ser possível a realização de perícia, o que fará com que seja considerado um delito transeunte).

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa poderá ser *sujeito ativo* de *charlatanismo*, não exigindo o tipo penal do art. 283 nenhuma qualidade ou condição especial.

O sujeito passivo é a sociedade, bem como as pessoas que foram ludibriadas pelo agente, sob o argumento de que as curaria mediante a ministração de fórmula secreta ou infalível.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

O bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *charlatanismo* é a incolumidade pública, consubstanciada, no caso, especificamente, na saúde pública.

O objeto material é o anúncio da cura por meio secreto ou infalível.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Consuma-se o delito quando, com a inculcação ou anúncio da cura por meio secreto ou infalível, o agente cria, efetiva e concretamente, uma situação de risco à incolumidade pública, tratando-se, portanto, de um crime de perigo comum e concreto, ao contrário, *permissa venia*, do que entende a maioria de nossos autores que, contrariamente às determinações do princípio da lesividade,

4 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 153/154.

compreende o charlatanismo como uma infração penal de perigo abstrato, presumido.

Tratando-se de crime plurissubsistente, torna-se perfeitamente possível o raciocínio relativo à tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Assim, a conduta do agente deve ser dirigida finalisticamente no sentido de inculcar ou anunciar cura por meio secreto ou infalível, sabedor de que suas fórmulas não trarão esse resultado, pois, caso contrário, o fato poderá ser considerado atípico, ou ser desclassificado para uma outra figura, a exemplo do delito de exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos *inculcar* e *anunciar* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria se o agente, garantidor, dolosamente, nada fizer para impedir que o sujeito pratique o delito tipificado no art. 283 do Código Penal.

8. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada no preceito secundário do art. 283 do Código Penal é de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano e multa.

Aplicam-se ao delito *sub examen* as majorantes previstas no art. 258 do Código Penal, nos termos do art. 285 do mesmo diploma repressivo.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito de *charlatanismo*, pois a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Capítulo 33

Curandeirismo

Curandeirismo

Art. 284. Exercer o curandeirismo:

I – prescrevendo, ministrando ou aplicando, habitualmente, qualquer substância;

II – usando gestos, palavras ou qualquer outro meio;

III – fazendo diagnósticos:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Parágrafo único. Se o crime é praticado mediante remuneração, o agente fica também sujeito à multa.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *curandeirismo*, tipificado no art. 284 do Código Penal, pode ser cometido por meio das condutas indicadas pelos incisos constantes do mencionado artigo.

Inicialmente, vale frisar que o núcleo do tipo que orienta toda a interpretação é o verbo *exercer*, que deve ser entendido no sentido de praticar com frequência, habitualidade. Dessa forma, devemos concluir que estamos diante de um delito habitual, pois a prática eventual de qualquer dos comportamentos previstos pela figura típica em estudo se configura em mero indiferente penal.

Assim, exerce o curandeirismo o agente que: a) prescreve, ministra ou aplica, habitualmente, qualquer substância; b) usa gestos, palavras ou qualquer outro meio; c) faz diagnósticos.

Ao contrário do charlatão, o curandeiro acredita que, com suas fórmulas sobrenaturais, mágicas, conseguirá a cura daquele que foi à sua procura. Hungria, dissertando sobre o tema, com palavras um pouco ásperas, esclarece o conceito de curandeiro dizendo:

> "Segundo o conceito tradicional ou vulgar, *curandeiro* é o indivíduo inculto, ou sem qualquer habilitação técnico-profissional, que se mete a curar, com o mais grosseiro empirismo. Enquanto o *exercente ilegal da medicina* tem conhecimentos médicos, embora não esteja devidamente habilitado para praticar a arte de curar, e o *charlatão* pode ser o próprio médico que abastarda a sua profissão com falsas promessas de cura, o *curandeiro* (*carimbamba, mezinheiro, raizeiro*) é o ignorante chapado, sem elementares conhecimentos de medicina, que se arvora em debelador dos males corpóreos".[1]

A primeira das modalidades de curandeirismo, prevista no inciso I do art. 284 do Código Penal, diz respeito ao fato de prescrever, ministrar ou aplicar, com habitualidade, qualquer substância. *Prescrever* tem o sentido de indicar, receitar; *ministrar* significa dar, fornecer; *aplicar* deve ser entendido como utilizar, empregar etc. Tais condutas devem ser praticadas com habitualidade, bem como dizer respeito a qualquer substância, seja ela de origem vegetal, animal ou mineral, que, segundo a crença do curandeiro, terá capacidade curativa.

Na modalidade prevista no inciso II do art. 284 do Código Penal, o curandeiro se vale de gestos, palavras ou qualquer outro meio. O inciso prevê a chamada interpretação analógica, ampliando o seu espectro de aplicação. Talvez essa seja a forma mais comum de curandeirismo, em que o lado místico é mais explorado, levando a vítima a acreditar que suas doenças serão resolvidas sobrenaturalmente. O curandeiro explora, mesmo acreditando no que faz, a fraqueza espiritual da vítima, que fica subjugada a superstições inócuas, que somente terão o condão de retardar o tratamento adequado a ser feito pela medicina tradicional. Dissertando sobre a influência da superstição no curandeirismo, Flamínio Fávero, citando Franco da Rocha, explica que, em medicina,

> "charlatanismo e superstição se entrelaçam inseparavelmente; o curandeiro nada faz sem o apoio da superstição, do mesmo modo que o charlatão, na esfera da medicina, nada pode fazer sem o meio supersticioso em que ele executa suas proezas... Existem superstições em todas as camadas sociais, em todas as condições, em todas as profissões... Pode-se definir o homem: um animal supersticioso. O pescador cospe água, quando lhe escapa do anzol um peixe, para que este volte a pegar na isca. O caçador vira a boca da espingarda para o chão a fim de fazer cair o pássaro que, ferido de morte, se agarra com as unhas ao galho da árvore e lá fica dependurado. Há gente que guarda com o mascote ferradura velha, caída do pé de qualquer cavalo. A superstição é um fenômeno psicológico inerente ao espírito humano. A arte de curar não poderia fugir a essa fatalidade... Todas as superstições se agrupam em redor de uma ideia essencial que se expressa pela palavra grega *mantis*, adivinhador, profeta. A essa palavra, transformada em *mancia*, se ajustam as outras que designam, cada uma, o objeto percrustado, fornecedor das misteriosas e desejadas respostas.
>
> E assim temos, em verdade: quiromancia (adivinhação pelo exame das mãos), podomancia (dos pés), cefalomancia (da cabeça), ornitomancia (pelo canto de voo da aves), onomatriomancia (pelos nomes), artimomancia (pelos números), eletriomancia (pelas entranhas dos animais), necromancia (evocação dos mortos) etc., numa série interminável".[2]

A última modalidade de curandeirismo, constante do inciso III do art. 284 do Código Penal, diz respeito ao fato de *fazer diagnósticos*, isto é, o curandeiro, mesmo não tendo os mais basilares conhecimentos de medicina, se atreve a identificar as doenças, supostamente, pelos seus sintomas.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto (embora haja divergência doutrinária nesse sentido, pois se tem entendido, majoritariamente, tratar-se de crime de perigo abstrato, presumido); de forma vinculada; habitual; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte (dependendo do caso concreto, poderá não ser possível a realização de perícia, o que fará com que seja considerado um delito transeunte).

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa poderá ser *sujeito ativo* do delito de *curandeirismo*, não exigindo o tipo penal do art. 284 nenhuma qualidade ou condição especial.

O sujeito passivo é a sociedade, mais especificamente as pessoas que foram ludibriadas pelo agente.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

O bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *curandeirismo* é a incolumidade pública, consubstanciada, no caso, especificamente, na saúde pública.

1 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 154.

2 FÁVERO, Flamínio. *Medicina legal*, v. 2, p. 946.

O objeto material, conforme preconiza Guilherme de Souza Nucci, "é a substância prescrita, o gesto, a palavra ou outro meio empregado e o diagnóstico realizado".[3]

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando o agente, reiteradamente, isto é, de forma habitual, pratica os comportamentos previstos pelo tipo penal em exame.

Mesmo tratando-se de um crime habitual, como já afirmamos quando levamos a efeito o estudo do delito de *exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica*, entendemos ser possível a tentativa, dependendo da hipótese concreta a ser analisada.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo delito de *curandeirismo*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

As condutas previstas pelo tipo penal relativo ao delito de curandeirismo pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria se o agente, garantidor, dolosamente, nada fizer para impedir que o sujeito pratique o delito tipificado no art. 284 do Código Penal.

8. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada no preceito secundário do art. 284 do Código Penal é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Nos termos do parágrafo único do mencionado artigo, se o crime é praticado mediante remuneração, o agente fica também sujeito a multa.

Aplicam-se ao delito *sub examen* as majorantes previstas no art. 258 do Código Penal, nos termos do art. 285 do mesmo diploma repressivo.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito de *curandeirismo*, desde que não aplicada a majorante prevista no art. 258 do Código Penal, pois a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

3 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 914.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

9. DESTAQUE

9.1. Religião e curandeirismo

Existe, muitas vezes, uma linha muito tênue que separa a religião do curandeirismo.

O inciso VI do art. 5º da Constituição Federal assegura, ainda, ser *inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção de locais de culto e as suas liturgias.*

No entanto, deve-se tentar levar a efeito a distinção entre a crença religiosa e as atividades praticadas por pessoas ignorantes, que acreditam em seus poderes milagrosos de cura e que, com isso, acabam criando uma situação de perigo à incolumidade pública.

O Superior Tribunal de Justiça já entendeu pela caracterização do delito de curandeirismo na hipótese em que o agente "ministrava passes e obrigava adultos e menores a ingerir sangue de animais e bebida alcoólica, colocando em perigo a saúde e levando os adolescentes à dependência do álcool" (REsp. 50426/MG; REsp. 1994/0019067-0, Rel. Min. Jesus Costa Lima, 5ª Turma, julgado em 10/8/1994, publicado no *DJ* de 29/8/1994, p. 22.211).

Parece-nos que a razão se encontra com Bento de Faria quando, analisando a questão e apontando os possíveis sujeitos ativos do delito de curandeirismo, assevera:

> "São assim geralmente inculcados, os praticantes da: cartomancia, feitiçaria, magia, macumba, cristalomancia, adivinhação etc.
>
> No meu entender, não devem ser considerados como tais:
>
> os ministros da Igreja quando praticam atos de *exorcismo*, porque são admitidos pelos seus cânones;
>
> quem pratica ato de qualquer *religião* ou doutrina, inclusive o *espiritismo*, desde que não ofenda a moral, os bons costumes ou faça perigar a saúde pública, ou apenas busque demonstrações em proveito da ciência".[4]

4 FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro*, v. VI, p. 279.

Capítulo 34

Dos Crimes contra a Paz Pública

O Título IX da Parte Especial do Código Penal cuida dos chamados crimes contra a paz pública.

Nosso Código Penal optou pela expressão *paz pública* em vez de *ordem pública*, utilizada em algumas legislações estrangeiras, a exemplo do Código Penal espanhol, que abrange diversas infrações penais as quais, em nosso ordenamento jurídico-penal, são tratadas por leis especiais, como acontece com a Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/83).

Além disso, como bem salientado por Damásio de Jesus, a expressão *ordem pública* "não é apropriada para designar, genericamente, os delitos definidos neste título. Toda infração penal ofende a ordem pública, uma vez que causa dano ou perigo de dano a bens e interesses considerados indispensáveis ao convívio social".[1]

Assim, de acordo com a opção feita por nossa legislação, os tipos penais constantes do Título IX do Código Penal tem por finalidade proteger a *paz pública*, que significa a necessária sensação de tranquilidade, de segurança, de paz, de confiança que a nossa sociedade deve ter em relação à continuidade normal da ordem jurídico-social.

São três as infrações penais previstas no Título IX do Código Penal, a saber:

- incitação ao crime (art. 286);
- apologia de crime ou criminoso (art. 287); e
- quadrilha ou bando (art. 288).

Conforme esclarece Noronha,

> "a punição dos fatos integrantes do capítulo é inspirada mais em motivo de prevenção; é com o fim de conjurar maiores males que o legislador os pune e reprime, tal qual acontece, *v.g.*, com o *bando* ou *quadrilha*, cujo propósito deliberado é praticar delitos, ofendendo, dessarte, concretamente outros bens de sumo valor, como a vida, o patrimônio, a liberdade etc. Em tal

1 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, v. 3, p. 403.

> emergência, como já se escreveu, a *impaciência* do legislador se antecipa e não espera que o propósito delituoso se consume, punindo, em última análise, a intenção, o projeto delituoso.
>
> São quase todos esses crimes autênticos *atos preparatórios* e a razão de puni-los está no relevo que o legislador dá ao bem ameaçado ou porque sua frequência está a indicar a necessidade da repressão, em qualquer caso, em nome da paz social".[2]

Devemos tomar cuidado com as lições do renomado autor para não chegarmos a conclusões equivocadas, a exemplo de se afirmar que, nos casos apontados, o Código Penal, excepcionalmente, pune os chamados *atos preparatórios*. Não existe exceção à regra constante do art. 14, II, quando diz ser o crime tentado, uma vez que, *iniciada a execução*, não se consuma por circunstâncias alheias à vontade do agente.

Assim, embora à primeira vista o Código Penal esteja, aparentemente, punindo um ato que bem poderia ser considerado preparatório, na verdade, está punindo o agente que executou a conduta constante do núcleo do tipo. O fato em si, analisado isoladamente, poderia ser considerado mera preparação. No entanto, a infração penal imputada ao agente, não, pois, como dissemos, ele somente será responsabilizado pelo fato se vier a praticar o comportamento previsto pelo tipo, ou seja, se vier a, efetivamente, executá-lo.

Portanto, insistimos, não existe punição de atos preparatórios, mas, sim, de comportamentos que se amoldam à proibição constante dos tipos penais.

Faremos, a seguir, a análise de cada um dos três tipos penais que fazem parte do Título IX do Código Penal, que têm por finalidade proteger o bem jurídico *paz pública*.

2 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 77.

CAPÍTULO 35
INCITAÇÃO AO CRIME

Incitação ao crime

Art. 286. Incitar, publicamente, a prática de crime:

Pena – detenção, de 3 (três) a 6 (seis) meses, ou multa.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *incitação ao crime* está previsto pelo art. 286 do Código Penal. De acordo com a redação constante da mencionada figura típica, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de incitar, publicamente; b) a prática de crime.

O núcleo *incitar* tem o significado de estimular, instigar, induzir etc.

Determina a lei que essa instigação seja levada a efeito publicamente. Hungria, dissertando sobre o tema, esclarece:

> "A nota essencial ou condição *sine qua non* do crime é a *publicidade*: a incitação deve ser feita *coram multis personis*, isto é, deve ser percebida ou perceptível por indeterminado número de pessoas. Sem a circunstância da publicidade, o fato não seria ofensivo da *paz pública* (pois não acarretaria alarma coletivo), não passando, se fosse o caso, de projetada 'participação criminosa', que, na hipótese de *delictum non secutum*, escapa à reação penal (art. 27). É indiferente que o incitamento se dirija *in incertam personam* ou a pessoa determinada, contanto que percebido ou perceptível por indefinido número de pessoas.
>
> Também é irrelevante a consequência ulterior. O que a lei incrimina, aqui, é tão somente a incitação em si mesma, posto que idônea (ou plausivelmente tal), independentemente de que alguém se deixe ou não incitar, ou cometa ou não o crime incitado".[1]

1 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 166.

Tendo em vista a necessidade de que a incitação seja levada a efeito publicamente, gerando risco à paz social, podemos descartar a infração penal em exame quando a conduta do agente se der em locais reservados, a exemplo da que ocorre no ambiente familiar, ou até mesmo no interior de uma pequena empresa etc.

O delito pode ser praticado por meios diversos. Assim, poderá a incitação pública ocorrer não somente por intermédio das palavras pronunciadas pelo agente, como também por escritos, gestos, enfim, qualquer meio capaz de fazer com que seja produzido um sentimento de medo, de insegurança, de quebra da paz pública no meio social.

Exige a lei penal que a incitação seja dirigida à prática de *crime*, razão pela qual a incitação dirigida ao cometimento de *contravenções penais* não se configura no delito tipificado no art. 286 do Código Penal.

Além de dizer respeito tão somente a crimes, estes devem ser determinados pelo agente, a exemplo daquele que incita a multidão a linchar um delinquente que fora preso em flagrante ou, mesmo, a quebrar as vidraças das lojas no centro da cidade. Enfim, a incitação deverá ser dirigida à prática de determinada infração penal, não se configurando o delito quando ocorrer uma incitação vaga, genérica.

Não será preciso, para fins de reconhecimento do delito de *incitação ao crime*, que as pessoas pratiquem, efetivamente, o delito para o qual foram incitadas, pois estamos diante de uma infração penal de perigo comum e concreto, embora grande parte da doutrina a entenda como de perigo abstrato. Não podemos concordar com a maioria de nossos doutrinadores, pois que devemos, o máximo possível, observar o princípio da lesividade, que exige a efetiva comprovação de ofensa ao bem jurídico para efeitos de responsabilização criminal.

Dessa forma, se o comportamento levado a efeito pelo agente, embora incitando publicamente a multidão a praticar determinado delito, for inócuo, risível, não podemos simplesmente presumi-lo como perigoso, pois o perigo criado à paz pública deverá ser demonstrado no caso concreto.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto (embora haja divergência doutrinária nesse sentido, pois se tem entendido, majoritariamente, tratar-se de crime de perigo abstrato, presumido); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente (podendo, também, dependendo da forma como for praticado, ser considerado unissubsistente); transeunte (como regra, pois, na maioria dos casos, não será necessária a prova pericial).

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa poderá ser *sujeito ativo* do delito de *incitação ao crime*, haja vista que o tipo penal em exame não exige nenhuma qualidade ou condição especial.

Sujeito passivo é a sociedade, que tem sua paz abalada em virtude da conduta levada a efeito pelo sujeito ativo.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A *paz pública* é o bem juridicamente protegido pelo delito de *incitação ao crime*.

Ao contrário do que entende Guilherme de Souza Nucci,[2] que aduz ser também a *paz pública* o objeto material do delito tipificado no art. 286 do Código Penal, entendemos que o delito em análise não prevê objeto material, pois, conforme assevera Gonzalo D. Fernández, "o objeto material do delito é o objeto da conduta típica: aquilo sobre o qual recai o comportamento descrito na figura, enquanto que o bem jurídico não aparece descrito no tipo e define, sem embargo, o valor tutelado pela norma penal e lesionado pelo ilícito".[3]

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando o agente, incitando publicamente a prática de crime, coloca, efetivamente, em risco a paz pública, criando uma sensação de instabilidade social, de medo, de insegurança no corpo social.

Dependendo do meio utilizado pelo agente para incitar publicamente a prática de crime, será possível ou não o reconhecimento da tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *incitação ao crime*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Assim, para que o agente seja responsabilizado por essa infração penal, deverá conhecer todos os elementos que integram o tipo penal, pois, caso contrário, poderá ser alegado o erro de tipo.

Assim, imagine-se que um médico estrangeiro, intransigente defensor do aborto, acreditando ser tal conduta permitida no Brasil, durante uma de suas excursões internacionais, em praça pública, incite as mulheres pobres a abortar, sob o argumento de que não teriam capacidade ecônomico-financeira para não só levarem a gravidez a termo, como também para sustentar o filho após o nascimento.

2 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 918.
3 FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito*, p. 96.

Nesse caso, o agente poderia alegar o erro de tipo, afastando-se o dolo e, consequentemente, a infração penal de *incitação ao crime*, pois erra sobre um dos elementos constantes da mencionada figura típica, ou seja, não tem conhecimento de que a conduta que incita as mulheres a praticar encontra-se, no Brasil, em nosso catálogo penal.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo *incitar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria, na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para impedir que o agente leve a efeito a incitação pública criminosa.

Assim, imagine-se a hipótese em que um policial, percebendo que o agente incitava a multidão à prática de crime, descontente com o valor que lhe era pago pelo Estado, permite que o sujeito pratique o comportamento típico. Nesse caso, deverá responder pelo delito de *incitação ao crime*, aplicando-se a regra constante do art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *incitação ao crime* é de detenção, de 3 (três) a 6 (seis) meses, ou multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito tipificado no art. 286 do Código Penal, tendo em vista que a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

9. DESTAQUES

9.1. Lei de Segurança Nacional

Se a incitação tiver conotação política, o fato poderá subsumir-se ao art. 23 da Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/83), que diz:

> **Art. 23.** Incitar:
>
> I – à subversão da ordem política ou social;
>
> II – à animosidade entre as Forças Armadas ou entre estas e as classes sociais ou as instituições civis;

> III – à luta com violência entre as classes sociais;
>
> IV – à prática de qualquer dos crimes previstos nesta Lei:
>
> Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

9.2. Código Penal Militar

O delito de incitamento está previsto também no Código Penal Militar, conforme se verifica na redação constante de seu art. 155:

> **Art. 155.** Incitar à desobediência, à indisciplina ou à prática de crime militar:
>
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos.

9.3. Genocídio

Se a finalidade do agente for a destruição, no todo ou em parte, de grupo nacional, étnico, racial ou religioso, o fato se amoldará ao art. 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, que define e pune o crime de genocídio, *verbis:*

> **Art. 3º.** Incitar, direta e publicamente, alguém a cometer qualquer dos crimes de que trata o art. 1º:
>
> Pena – metade das penas ali cominadas.
>
> § 1º A pena pelo crime de incitação será a mesma do crime incitado, se este se consumar.
>
> § 2º A pena será aumentada de um terço, quando a incitação for cometida pela imprensa.

9.4. Preconceito racial

Se a incitação disser respeito à discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, será aplicado o art. 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que diz:

> **Art. 20.** Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. (Redação dada pela Lei nº 9.459, de 15/5/97)
>
> Pena: reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos e multa.

9.5. Incitação e concurso de pessoas

Estamos com Guilherme de Souza Nucci quando diz:

> "Se o destinatário da instigação for único e efetivamente cometer o crime, pode o autor da incitação ser considerado partícipe (art. 29, CP). Nessa hipótese, o crime de perigo (art. 286) é absorvido pelo crime de dano cometido. Entretanto, se forem vários os destinatários da incitação e apenas um deles cometer o crime, haverá concurso formal, isto é, o agente da incitação responde pelo delito do art. 286 e também pelo crime cometido pela pessoa que praticou a infração estimulada".[4]

4 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 918.

CAPÍTULO 36

APOLOGIA DE CRIME OU CRIMINOSO

Apologia de crime ou criminoso

Art. 287. Fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime:

Pena – detenção, de 3 (três) a 6 (seis) meses, ou multa.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *apologia de crime ou criminoso* encontra-se tipificado no art. 287 do Código Penal. Assim, de acordo com a redação típica, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de fazer, publicamente; b) apologia de fato criminoso ou de autor de crime.

O núcleo *fazer* é utilizado pelo texto legal no sentido de realizar, levar a efeito, manifestar etc. *Fazer apologia* significa enaltecer, realizar com afinco, engrandecer, glorificar etc. Essa apologia deve ser realizada *publicamente*, bem como dizer respeito a *fato criminoso* ou a *autor de crime*. Assim, a conduta do agente deve ser dirigida finalisticamente a enaltecer, engrandecer, elogiar, aplaudir, em público, fato criminoso ou autor de crime.

Tratando-se de um tipo penal que tem por finalidade proteger a paz pública, o delito somente ocorrerá se for praticado publicamente, como exige o art. 287 do Código Penal. Assim, conversas caseiras, em que alguém enaltece a figura de um perigoso traficante, ou mesmo justifica a prática de algum crime, a exemplo da sonegação fiscal praticada por alguém do grupo a que pertence, não importará no reconhecimento da infração penal.

A lei menciona, como já deixamos antever, *fato criminoso* e *autor de crime*. A apologia, portanto, deve girar em torno dessas duas situações, ou seja, o enaltecimento de um fato criminoso ou da figura de um autor de crime.

Noronha, com precisão, preleciona:

> "Apologia é elogio, encômio, louvor e gabo. Consequentemente é elogiar, enaltecer, exaltar o crime ou o delinquente, de modo que

> constitui um incitamento implícito à prática do delito. É mister que o agente elogie o crime *em si*, ou o criminoso como tal, ou, noutras palavras, aplauda o fato vedado pela lei ou seu autor".[1]

Para que se configure o delito em estudo, o fato sobre o qual o agente faz a apologia deve ser classificado como um delito, não se podendo cogitar da mencionada infração penal quando o agente, por exemplo, enaltecer a prática de uma contravenção penal.

Existe controvérsia doutrinária se o fato criminoso, constante como elemento do tipo penal em estudo, já deve ter acontecido ou se pode ser um fato apontado abstratamente, a exemplo daquele que enaltece o cometimento de um delito previsto em nosso Código Penal, mas não se referindo a um fato especificamente praticado por alguém.

Noronha, filiando-se à primeira corrente, assevera:

> "A lei fala em *fato* criminoso, isto é, que se realizou ou aconteceu. Não fosse isso e, realmente, mínima seria a diferença entre esse crime e o antecedente. Mas assim não é. Enquanto o do art. 286 só pode ter por objeto um crime futuro, pois não se pode incitar ou instigar ao que já se consumou, o presente dispositivo alcança somente o crime praticado. É elogiando ou exaltando-o (fazendo apologia), que o agente *indiretamente* incita".[2]

Em sentido contrário, posiciona-se Hungria dizendo:

> "Em se tratando de apologia de 'fato criminoso' (que outra coisa não quer dizer senão *crime*, como deixa claro, aliás, a rubrica lateral do artigo), pouco importa que o mesmo seja considerado *in concreto* ou *in abstrato*, como episódio já ocorrido ou acontecimento futuro. A lei não distingue, nem podia distinguir. O alarma coletivo tanto pode ser provocado pela possibilidade de que o crime seja repetido por outrem, quanto, como é óbvio, pela possibilidade de que alguém tenha a iniciativa de praticá-lo".[3]

Entendemos, com a devida *venia*, que a razão se encontra com Hungria. Na verdade, o que a lei penal procura evitar é não somente o enaltecimento de um fato criminoso já acontecido, como também qualquer apologia à prática de um delito abstratamente considerado. A defesa, o engrandecimento, a justificação da prática do delito é que colocam em risco a paz pública. Imagine-se a hipótese em que um político de ocasião, querendo angariar a simpatia de alguns movimentos, faça a apologia das invasões de terra, sejam elas produtivas ou não, ou mesmo

1 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 85.
2 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 86.
3 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 172-173.

aquela outra pessoa que venha a público apregoando a sonegação de impostos, pelo simples fato de entender que as receitas públicas não estão sendo bem empregadas etc. Em nossa opinião, tais fatos já se configurariam no delito em estudo.

Temos de ter cuidado, no entanto, em fazer a distinção entre a apologia ao crime e as discussões que são necessárias ao desenvolvimento e aperfeiçoamento do próprio Direito Penal, sob pena de engessarmos esse ramo do direito. Assim, discussões acadêmicas sobre a necessidade de revogação de tipos penais, até mesmo com justificativas e enaltecimentos de sua prática, como acontece com o delito de aborto, não podem se configurar no delito *sub examen*.

O que não se justifica é o engrandecimento puro e simples de um fato definido como crime.

Da mesma forma, o art. 287 do Código Penal proíbe a apologia de autor de crime. Nessa hipótese, por questões de ordem lógica, somente se poderá elogiar aquele que praticou determinado delito enaltecendo-lhe o comportamento criminoso. Como bem ressalta Damásio de Jesus, "exige-se que o elogio feito pelo agente ao sujeito ativo do delito anteriormente realizado verse sobre a conduta criminosa deste e não sobre seus atributos morais ou intelectuais".[4]

Tratando-se de crime de forma livre, qualquer meio pode ser utilizado pelo agente na sua prática, sendo mais comuns os cometidos através de palavras, gestos, escritos etc.

Tendo em vista que o tipo penal que prevê o delito de apologia de crime ou criminoso se encontra no Título IX da Parte Especial do Código Penal, correspondente aos crimes contra a paz pública, entendemos que somente se configurará a infração penal quando houver, efetivamente, uma criação de perigo ao bem juridicamente protegido, cuidando-se, portanto, de um delito de perigo comum e concreto, embora exista divergência doutrinária.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto (embora haja divergência doutrinária nesse sentido, pois se tem entendido, majoritariamente, tratar-se de um crime de perigo abstrato, presumido); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente (podendo, também, dependendo da forma como é praticado, ser considerado unissubsistente); transeunte (como regra, pois na maioria dos casos não será necessária a prova pericial).

4 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, v. 3, p. 410.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa poderá ser *sujeito ativo* do delito de *apologia de crime ou criminoso*, haja vista que o tipo penal em exame não exige nenhuma qualidade ou condição especial.

O sujeito passivo é a sociedade, que tem sua paz abalada em virtude da conduta levada a efeito pelo agente.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A *paz pública* é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *apologia de crime ou criminoso.*

Não há objeto material.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando o agente, levando a efeito a apologia de crime ou criminoso, coloca, efetivamente, em risco a paz pública, criando uma sensação de instabilidade social, de medo, de insegurança no corpo social.

Dependendo do meio utilizado pelo agente para fazer a apologia de crime ou criminoso, será possível ou não o reconhecimento da tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *apologia de crime ou criminoso*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo *fazer* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria, na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para impedir que o agente leve a efeito a apologia de crime ou criminoso.

8. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *apologia de crime ou criminoso* é de detenção, de 3 (três) a 6 (seis) meses, ou multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito tipificado no art. 287 do Código Penal, tendo em vista que

a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

9. DESTAQUES

9.1. Lei de Segurança Nacional

Se a apologia tiver conotação política, o fato poderá subsumir-se ao art. 22 da Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/83):

> **Art. 22.** Fazer, em público, propaganda:
>
> I – de processos violentos ou ilegais para alteração da ordem política ou social;
>
> II – de discriminação racial, de luta pela violência entre as classes sociais, de perseguição religiosa;
>
> III – de guerra;
>
> IV – de qualquer dos crimes previstos nesta Lei:
>
> Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.
>
> § 1º A pena é aumentada de um terço quando a propaganda for feita em local de trabalho ou por meio de rádio ou televisão.
>
> § 2º Sujeita-se à mesma pena quem distribui ou redistribui:
>
> a) fundos destinados a realizar a propaganda de que trata este artigo;
>
> b) ostensiva ou clandestinamente boletins ou panfletos contendo a mesma propaganda.
>
> § 3º Não constitui propaganda criminosa a exposição, a crítica ou o debate de quaisquer doutrinas.

9.2. Apologia de mais de um fato criminoso ou de mais de um autor de crime

Entendemos que, se numa mesma relação de contexto o agente fizer apologia de mais de um fato criminoso ou, mesmo, de mais de um autor de crime, estaremos diante de infração penal única, não havendo que se falar em concurso de crimes.

Posicionando-se contrariamente a essa conclusão, adverte Noronha:

> "Apologia de fato criminoso não é apologia de um ou mais delitos. Pensamos, por conseguinte, que haverá concurso formal ou ideal de crimes: com a mesma ação, o sujeito ativo faz apologia, isto é, exalta ou elogia mais de um crime cometido".[5]

5 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 88.

CAPÍTULO 37

QUADRILHA OU BANDO

Quadrilha ou bando

Art. 288. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único. A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou o bando é armado.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *quadrilha ou bando* vem tipificado no art. 288 do Código Penal. Pela mencionada redação típica, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de se associarem, mais de três pessoas; b) em quadrilha ou bando; c) para o fim de cometer crimes.

O núcleo *associar* diz respeito a uma reunião não eventual de pessoas, com caráter relativamente duradouro, ou, conforme preconiza Hungria:

> "*Associar-se* quer dizer reunir-se, aliar-se ou congregar-se *estável* ou *permanentemente*, para a consecução de um fim comum. À quadrilha ou bando pode ser dada a seguinte definição: reunião estável ou permanente (que não significa *perpétua*), para o fim de perpetração de uma indeterminada série de crimes. A nota da estabilidade ou pemanência da aliança é essencial".[1]

Assim, conforme as precisas lições de Hungria, o que difere, *ab initio*, o delito de quadrilha ou bando (*societas delinquendi*) de um concurso eventual de pessoas (*societas criminis* ou *societas in crimine*) é o fato de a reunião criminosa, naquela situação, possuir, como dissemos, caráter relativamente duradouro. Dessa forma, os integrantes do grupo não se reúnem, apenas, por exemplo, para a prática de uma ou duas infrações penais, sendo a finalidade do grupo a prática

1 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 177-178.

constante e reiterada de uma série de infrações penais, seja a cadeia criminosa *homogênea* (destinada à prática de um mesmo crime), ou *heterogênea* (que tem por finalidade praticar infrações penais distintas, a exemplo de roubos, furtos, extorsões, homicídios etc.).

Para efeitos de configuração do delito de *quadrilha ou bando*, o art. 288 do Código Penal exige um número mínimo de quatro pessoas, uma vez que utiliza a expressão *mais de três pessoas*, cuja interpretação, logicamente, nos conduz a um número mínimo de quatro.

Tem-se tentado, ainda, inutilmente, levar a efeito a distinção entre *quadrilha* e *bando*, como se, efetivamente, houvesse alguma diferença substancial entre eles. Por quadrilha, morfologicamente, poderíamos entender a associação de quatro pessoas; *bando* seria a reunião de pessoas que ultrapassasse o número de quatro. Na verdade, o Código Penal utiliza os termos como sinônimos.

Tratando-se de crime formal, de consumação antecipada, o delito de *quadrilha ou bando* se configura quando ocorre a adesão do quarto sujeito ao grupo criminoso, que terá por finalidade a prática de um número indeterminado de crimes. Não há necessidade, para efeitos de configuração do delito, que seja praticada uma única infração penal sequer em função da qual a *quadrilha* foi formada. Se houver a prática dos delitos em razão dos quais a quadrilha ou bando foi formado, haverá concurso material de crimes entre eles.

Entendemos, ainda, tratar-se de crime de perigo comum e concreto, ao contrário da maioria da doutrina, que entende o tipo do art. 288 do Código Penal como um delito de perigo abstrato. Assim, estamos com Hungria, quando afirma que "não fora o grave perigo concreto que a organização da quadrilha ou bando representa em si mesma, e não passaria de mero *ato preparatório*, penalmente irrelevante".[2]

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de perigo comum e concreto (embora haja divergência doutrinária nesse sentido, pois se tem entendido, majoritariamente, tratar-se de crime de perigo abstrato, presumido); de forma livre; permanente; plurissubjetivo; plurissubsistente (podendo, também, dependendo da forma como for praticado, ser considerado unissubsistente); transeunte (como regra, pois na maioria dos casos não será necessária a prova pericial).

2 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 177.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa poderá ser *sujeito ativo* do delito de *quadrilha ou bando*, haja vista que o tipo penal em exame não exige nenhuma qualidade ou condição especial.

O sujeito passivo é a sociedade, que tem sua paz perturbada em razão da formação do grupo criminoso.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A *paz pública* é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *quadrilha ou bando*.

Não há objeto material.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito de *quadrilha ou bando* se consuma no momento em que ocorre a associação criminosa, não havendo necessidade de ser praticado qualquer crime em virtude do qual a associação foi formada, tratando-se, pois, como já o dissemos, de um delito de natureza formal, bastando que os sujeitos pratiquem a conduta prevista no núcleo do tipo, para efeitos de sua consumação.

Nesse sentido, salienta Hungria:

> "O momento consumativo do crime é o *momento associativo*, pois com este já se apresenta um perigo suficientemente grave para alarmar o público ou conturbar a paz ou tranquilidade de ânimo da convivência civil".[3]

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *quadrilha ou bando*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Para a doutrina majoritária, além do dolo, o agente deve atuar com um especial fim de agir, configurado na finalidade de praticar *crimes*, ou seja, um número indeterminado de infrações penais, o que diferenciará o delito em estudo de uma reunião eventual de pessoas, reconhecida como ato preparatório de algumas infrações penais, a exemplo do que ocorre no crime de furto.

Assim, o agente deverá ter vontade de se associar, bem como consciência de que se associa a um grupo, cuja finalidade será a prática de um número indeterminado de infrações penais, pois, caso contrário, poderá ser alegado o erro de tipo, afastando-se o dolo e, consequentemente, a própria infração penal, tendo em vista a ausência de previsão para a modalidade de natureza culposa.

3 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 177.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo *associar* pressupõe um comportamento comissivo por parte dos agentes. No entanto, o delito poderá ser cometido via omissão imprópria se o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para evitar a permanência do grupo criminoso.

Assim, imagine-se a hipótese de um policial que, sabendo da existência de uma quadrilha na zona rural de determinado Estado brasileiro, cuja finalidade é "eliminar" os agentes habituados ao furto de gado (abigetato), nada faz para impedir a continuidade do grupo, pois as ações da quadrilha, em tese, são dirigidas contra criminosos, que visam tão somente praticar a subtração de bens pertencentes a terceiros.

Nesse caso, o agente poderia ser responsabilizado por sua omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. MODALIDADE QUALIFICADA

O art. 8º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, introduziu uma modalidade qualificada ao delito de quadrilha ou bando:

> Art. 8º. Será de 3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

9. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA

O parágrafo único do art. 288 determina, *verbis*:

> **Parágrafo único.** A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.

Aplica-se, portanto, a majorante, em virtude do maior juízo de censura sobre a quadrilha ou bando, quando seus integrantes utilizam arma, seja ela considerada própria, isto é, destinada precipuamente ao ataque ou à defesa, a exemplo do revólver, fuzil, pistola, punhal etc., ou mesmo imprópria, vale dizer, aquela que não tem a finalidade precípua de ataque ou defesa, mas que é utilizada pela quadrilha com essa finalidade, como barras de ferro, correntes, pedaços de pau, navalhas etc.

Não há necessidade, ainda, de que todos os elementos que integram a quadrilha estejam armados para a aplicação da majorante, bastando que apenas um deles se encontre nessa condição, para que todos tenham sua pena especialmente agravada. O importante é que todos que compõem a quadrilha

ou bando conheçam a existência da arma, pois, caso contrário, não se poderá imputar aos membros que não sabiam da sua existência a majorante em estudo, sob pena de ser aplicado o raciocínio relativo à responsabilidade penal objetiva, tão repudiada pelo nosso Direito Penal.

Neste último caso, somente o agente que portava a arma (própria ou imprópria), bem como aqueles que conheciam a sua existência é que terão suas penas especialmente agravadas.

10. PENA, AÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *quadrilha ou bando* é de reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

A pena aplica-se em dobro se a quadrilha ou o bando é armado, nos termos do parágrafo único do art. 288 do Código Penal.

Para a modalidade qualificada, será de 3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, desde que não seja aplicada a majorante do parágrafo único do art. 288 do Código Penal, bem como não se trate da hipótese de quadrilha ou bando qualificado, nos termos do art. 8º da Lei nº 8.072/90.

11. DESTAQUES

11.1. Inimputáveis como integrantes da quadrilha

É importante salientar que, para efeito de reconhecimento do delito de quadrilha ou bando, no que diz respeito ao número mínimo de integrantes necessário à sua configuração, basta tão somente que um deles seja imputável.

Assim, por exemplo, poderá ocorrer o delito tipificado no art. 288 do Código Penal se, para a sua formação mínima, houver três inimputáveis, além do agente que já completou a maioridade penal. Este último deverá responder pelo delito de quadrilha ou bando, enquanto os inimputáveis serão responsabilizados pelo ato infracional praticado, nos termos da Lei nº 8.069/90.

No entanto, merece ser ressaltado, ainda, que somente os inimputáveis que tiverem capacidade de discernimento poderão fazer parte do cômputo do número mínimo exigido para a formação da quadrilha. Na hipótese, por exemplo, em que três agentes utilizem uma criança com apenas 5 anos de idade, que sirva de "isca" para as vítimas do crime de roubo, não podemos considerá-la como

membro integrante da quadrilha, em virtude de sua falta de discernimento no que diz respeito à prática das infrações penais. Nesse caso, teríamos tão somente a prática de crimes de roubo, com a aplicação da causa especial de aumento de pena prevista no inciso II do § 2º do art. 157 do Código Penal.

11.2. Agentes não identificados

Pode ocorrer, ainda, que se tenha prova suficiente da formação da quadrilha ou bando, sem que, no entanto, se tenha conseguido identificar e qualificar todos os seus integrantes.

Assim, imagine-se que somente um ou dois dos agentes que compunham a quadrilha tenham sido identificados. Poderia o Ministério Público, nesse caso, imputar-lhes a prática do delito tipificado no art. 288 do Código Penal? A resposta só pode ser afirmativa, desde que se tenha a certeza da existência dos demais membros que integravam o grupo, mas que se mantiveram no anonimato, ou seja, não foram devidamente identificados e qualificados pela autoridade policial.

O fundamental nessa hipótese, frise-se, é a convicção, a certeza cabal de que outras pessoas faziam parte do grupo criminoso. Isso será suficiente para a incriminação dos agentes que foram descobertos e denunciados.

11.3. Abandono por um integrante da quadrilha depois de formada

Pode ocorrer, ainda, que depois de formada a quadrilha ou bando, algum dos agentes queira dele se retirar. Nesse caso, poderíamos cogitar da aplicação do instituto da desistência voluntária, previsto no art. 15 do Código Penal? Não, haja vista que tal instituto somente se aplica quando o agente ainda não consumou a infração penal. No caso da quadrilha ou bando, o agente que, mesmo não tendo praticado qualquer delito em virtude do qual o grupo havia se associado criminosamente, colocando em risco a paz pública com a sua reunião, terá o condão de consumar o delito em estudo, impedindo, pois, a aplicação do instituto da desistência voluntária.

A sua saída, contudo, poderá ocasionar a quebra do grupo, se este se encontrava formado com o número mínimo, ou seja, quatro agentes.

11.4. Prática de delito pelo grupo, sem o conhecimento de um de seus integrantes

Dissemos, em nossa introdução, que a quadrilha ou bando deverá ser formado com caráter duradouro, permanente, para a prática de um número indeterminado de crimes, sejam eles homogêneos (infrações penais idênticas) ou heterogêneos (infrações penais variadas, diversas).

Entretanto, para que algum dos integrantes do grupo criminoso responda pelo delito praticado pela quadrilha ou bando, faz-se mister que essa infração penal tenha ingressado na sua esfera de conhecimento. Assim, não poderá o agente, por exemplo, responder por um delito de latrocínio, mesmo pertencente à quadrilha que o praticou, se não sabia, de antemão, que o grupo iria levar a efeito essa infração penal. Suponha-se que uma quadrilha tenha sido formada com o fim de praticar furtos em residências supostamente abandonadas. Em determinado dia, sem que um dos agentes integrantes do grupo criminoso tivesse conhecimento, a quadrilha se reúne e resolve, somente naquele dia, "levantar algum capital", praticando um roubo a banco. Durante a empreitada, o vigilante da agência bancária é morto, permitindo a configuração do latrocínio. Nesse caso, poderia o agente que não participou da ação criminosa ser também responsabilizado pelo latrocínio? A resposta, aqui, só pode ser negativa, sob pena de ser reponsabilizado objetivamente.

Assim, resumindo, o agente que pertence à quadrilha ou bando somente poderá ser responsabilizado criminalmente pelos crimes para os quais houver anuído, se tiver tomado conhecimento, previamente, das futuras ações do grupo ao qual faz parte.

11.5. Concurso eventual de pessoas e quadrilha

Infelizmente, a prática judiciária tem confundido o crime de quadrilha com a reunião eventual de pessoas, fazendo com que estas respondam, indevidamente, pelo delito tipificado no art. 288 do Código Penal.

Conforme tivemos oportunidade de salientar, para que se configure o delito de quadrilha ou bando será preciso conjugar seu caráter de estabilidade, permanência, com a finalidade de praticar um número indeterminado de crimes. A reunião desse mesmo número de pessoas para a prática de um único crime, ou mesmo dois deles, não importa no reconhecimento do delito em estudo.

Assim, imagine-se que um policial estivesse escutando a conversa, no interior de um bar, entre quatro pessoas que, naquele exato instante, decidiram praticar um crime de furto, ainda naquela noite, numa residência próxima daquele lugar, pois tomaram conhecimento de que os moradores haviam viajado, bem como que nela havia uma quantidade grande de aparelhos eletrônicos.

No momento em que saíam do estabelecimento comercial, a fim de cumprir o propósito criminoso, o policial os prende em flagrante pela formação da quadrilha. Nesse caso, estaria correta a prisão em flagrante? Obviamente que não, pois estaríamos diante de um ato meramente preparatório de um crime de furto, e não de um delito de quadrilha, que exige a característica fundamental da estabilidade, permanência, além da finalidade de praticar um número indeterminado de infrações penais.

11.6. Concurso de pessoas como qualificadora ou majorante de outro crime

O Código Penal, em várias de suas passagens, utiliza o concurso de pessoas como uma situação que, demonstrando maior juízo de censura, de reprovabilidade, permite que o crime se transforme em qualificado, ou faz com que, pelo menos, a pena aplicada seja especialmente agravada, como acontece, respectivamente, com os delitos de furto e roubo.

Nessas hipóteses em que o concurso de pessoas é levado em consideração a fim de aumentar a pena a ser aplicada aos agentes, eles poderiam, caso houvesse a efetiva formação da quadrilha ou bando, responder por ambas as infrações penais, servindo a reunião permanente para qualificar ou mesmo agravar as penas?

A questão é controvertida. Parte de nossos autores entende perfeitamente possível o raciocínio do concurso de crimes sem que haja a necessidade de ser afastada a qualificadora ou majorante, não entendendo pelo *bis in idem*, em virtude do fato de que as infrações penais cuidam de bens jurídicos diversos.

Nesse sentido, trazemos à colação as lições de Weber Martins Batista que, cuidando especificamente do roubo, preleciona:

> "A associação de quatro ou mais pessoas para a prática de crimes, indeterminadamente, não é imprescindível, não é meio necessário à prática de roubo em concurso de agentes.
>
> A razão da incriminação daquele crime e o motivo de agravamento da pena deste último derivam de razões diferentes. Num caso, busca-se proteger o sentimento de tranquilidade e segurança das pessoas, bem jurídico que é atingido mesmo quando não chega a ser praticado nenhum dos delitos que eram a razão da associação. No outro, no roubo qualificado pelo concurso de agentes, a punição mais severa visa a evitar a maior facilidade de cometimento do crime, o que ocorre quando são dois ou mais os executores. Sendo assim, porque diversa a vontade do Estado, ao definir os fatos puníveis, e diferentes os bens jurídicos protegidos pelas pessoas atingidas, não há como falar, na hipótese, em progressão criminosa ou em crime progressivo, em antefato ou em pós-fato impuníveis".[4]

Apesar da indiscutível autoridade do renomado autor sobre o tema em estudo, ousamos dele discordar, pois não conseguimos deixar de visualizar, por mais que tentemos enfocar a questão sob outros aspectos, que a reunião de pessoas estará servindo, duas vezes, à punição dos agentes, razão pela qual, mesmo

4 BATISTA, Weber Martins. *O furto e o roubo no direito e no processo penal*, p. 265-266.

havendo a possibilidade de, no caso concreto, até receberem penas menores, situação não incomum no Código Penal, não podemos tolerar o *bis in idem*. Sendo assim, somos partidários da segunda posição, que não permite o concurso entre o crime de quadrilha ou bando com qualquer outra infração penal em que o concurso de pessoas é utilizado como qualificadora ou majorante.

11.7. Finalidade de praticar contravenções penais

O art. 288 do Código Penal é claro ao exigir que a associação criminosa tenha por finalidade a prática de *crimes*. Dessa forma, resta afastada do conceito de quadrilha ou bando a associação, mesmo que permanente, destinada ao cometimento de *contravenções penais*.

11.8. Associação para o tráfico ilícito de drogas

O art. 35 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, dispõe sobre a associação para o tráfico ilícito de drogas:

> Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 desta Lei:
>
> Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

Renato Marcão, com autoridade, sob a vigência da revogada Lei nº 6.368/76, já afirmava pela necessidade de estabilidade da mencionada *associação* dizendo que era preciso "identificar certa permanência na *societas criminis*, que não se confunde com mera coautoria".[5]

Merece ser registrada, ainda, a lição de Abel Fernandes Gomes, quando, analisando o art. 35 da nova Lei Antidrogas, preleciona:

> "O presente art. 35 põe fim a uma questão que adveio da vigência do art. 8º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, denominada Lei dos Crimes Hediondos. É que este dispositivo alterou a sistemática do tratamento dos delitos de associação para prática de crimes, modificando para mais as penas do art. 288 do Código Penal. Na mesma oportunidade, explicitou que tais penas passariam a ser de 3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão, quando a associação se destinasse à prática de crimes hediondos, tortura, *tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins* ou terrorismo. Por essa razão, entendeu-se que pelo menos o preceito secundário do art. 14 da Lei

5 MARCÃO, Renato. *Tóxicos*, p. 200-201.

nº 6.368/76, que tratava da associação para o tráfico, estaria derrogado pelo art. 8º da Lei nº 8.072/90. Alguns autores concluíram que também o preceito primário do art. 14 estaria revogado, o que implicaria a ab-rogação desse mesmo art. 14 da Lei nº 6.368/76. Outros, ainda, optaram pela compreensão de que não houvera sequer a derrogação do art. 14, mas como a pena introduzida pelo art. 8º da Lei dos Crimes Hediondos era mais benéfica para os crimes de associação, esta deveria ser aplicada às infrações ao art. 14 da Lei nº 6.368/76.

Para nós, sempre pareceu que haveria apenas a derrogação do art. 14, naquilo em que a sanção por ele prevista, que era de 3 (três) a 10 (dez) anos de reclusão, e multa, passava, com a edição da Lei nº 8.072/90, a ser de 3 (três) a 6 (seis) anos de reclusão. Com o advento da Lei nº 11.343/06, que expressamente dispõe que as penas aplicadas à infração do art. 35 serão de reclusão de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa, resta superada a problemática em torno da sucessão das Leis nº 6.368/76 e nº 8.072/90."[6]

Finalmente, quando a reunião disser respeito a duas ou três pessoas somente, não poderemos denominá-la de *quadrilha*, pois tal expressão, morfologicamente, diz respeito a uma reunião de quatro pessoas.

11.9. Organização criminosa

O art. 1º da Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995, com a redação que lhe foi conferida pela Lei nº 10.217, de 11 de abril de 2001, diz, *verbis*:

> **Art. 1º.** Esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.

Até hoje se discute um conceito seguro do que significa ser *organização criminosa*. Como aqui não é o lugar próprio para se discorrer sobre tudo o que já se discutiu sobre o tema, pedimos *venia* para transcrever algumas das conclusões de Gamil Föppel El Hireche que, lucidamente, investigou o assunto:

> "Não existe, definitivamente, no plano ôntico, 'crime organizado', mas, caso o legislador pretenda tratar da matéria, precisa conceituá-la, sob pena de se violar o princípio da legalidade;

6 GOMES, Abel Fernandes. *Nova lei antidrogas*, p. 35-36.

> O 'crime organizado' não poderia, assim, ficar sujeito a um tipo vago, impreciso, como elemento normativo do tipo;
>
> Não há um conceito único que reúna em si todas as pretensas manifestações da 'criminalidade organizada';
>
> Ao pretender tratar da criminalidade organizada, o legislador ordinário valeu-se de três expressões: bando ou quadrilha, associação e organização criminosa, sendo que as duas primeiras estão definidas em lei, a terceira, não;
>
> Na verdade, existiriam, para quem sustenta haver o fenômeno, três espécies no gênero 'criminalidade organizada', quais sejam: bando ou quadrilha, associação criminosa e organização criminosa"[7] (itens 17 a 21 das considerações finais).

11.10. Prisão temporária

Se houver a formação de *quadrilha ou bando*, será possível a decretação da prisão temporária dos agentes, nos termos do art. 1º, III, *l*, da Lei nº 7.960, 21 de dezembro de 1989, se presentes os demais requisitos por ela exigidos.

11.11. Genocídio

A associação de mais de três pessoas para a prática dos crimes mencionados no art. 1º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956, que prevê o delito de genocídio, importará na punição dos agentes com a metade das penas a eles cominadas.

11.12. Lei de Segurança Nacional

Os arts. 16 e 24 da Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983, preveem, respectivamente, os seguintes delitos:

> **Art. 16.** Integrar ou manter associação, partido ou comitê, entidade de classe ou grupamento que tenha por objetivo a mudança do regime vigente ou do Estado de Direito, por meios violentos ou com emprego de grave ameaça:
>
> Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos.
>
> **Art. 24.** Constituir, integrar ou manter organização ilegal do tipo militar, de qualquer forma ou natureza, armada ou não, com ou sem fardamento, com finalidade combativa:
>
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.

7 HIRECHE, Gamil Föppel El. *Análise criminológica das organizações criminosas*, p. 147.

11.13. Delação premiada nas Leis nº 7.492, de 16 de junho de 1986 (crimes contra o sistema financeiro nacional), e nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990 (crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo)

O § 2º, do art. 25 da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, e parágrafo único do art. 16 da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, incluídos pela Lei nº 9.080, de 19 de julho de 1995, fizeram previsão para a aplicação de redução de pena nas hipóteses de delação premiada, dizendo, respectivamente:

> **Art. 25.** [...].
>
> § 1º [...]
>
> § 2º Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços. *(Incluído pela Lei nº 9.080, de 19/7/1995)*
>
> **Art. 16.** [...].
>
> **Parágrafo único.** Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços. *(Incluído pela Lei nº 9.080, de 19/7/1995)*

Capítulo 38

Dos Crimes contra a Fé Pública

No Título X do Código Penal, encontram-se os *crimes contra a fé pública*.

A *fé pública*, portanto, é o bem que se procura proteger por meio dos tipos penais constantes do título em estudo. No entanto, embora seja uma exigência das sociedades modernas, o seu conceito não é pacífico.

Noronha, com precisão, esclarece:

> "A fé pública é uma realidade e é um interesse que a lei deve proteger. Sem ela seria impossível a vida em sociedade. Fruto da civilização e do progresso – pois seria incompreensível ou inútil nas sociedades primitivas – hoje constitui um bem do qual a vida comunitária não pode absolutamente prescindir.
>
> Com efeito, o homem tem necessidade de acreditar na veracidade ou genuidade de certos atos, documentos, sinais, símbolos etc., empregados na mutiplicidade das relações diárias, em que intervém. A atividade civil, o *mundo dos negócios* etc., carecem deles e daí a natural crença ou confiança de *todos* em que eles atestam ou provam a veracidade das relações jurídicas e sociais.
>
> Não se trata de bem particular ou privado. Ainda que, no caso, haja ofensa real ou perigo de lesão ao interesse de uma pessoa, é ofendida a fé pública, isto é, a crença ou convicção geral na genuinidade e valor dos documentos, atos etc., prescritos ou usuais para aquelas relações".[1]

O falso é o meio utilizado pelo agente nas infrações penais em que a fé pública é atacada. O falso se contrapõe ao real, ao que é legítimo, verdadeiro. No entanto, embora a fé pública seja o bem juridicamente protegido pelos tipos constantes do Título X da Parte Especial do Código Penal, isso não significa que ele seja o único a merecer tal proteção. Na verdade, o que ocorre é uma relação de precipuidade, ou seja, a *fé pública* é o bem precipuamente protegido, o que

1. NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 100.

não elimina o raciocínio da proteção secundária de outros bens, a exemplo do que ocorre com o patrimônio, no delito de moeda falsa.

Merece registro, ainda, que para que ocorra qualquer das infrações penais elencadas no mencionado Título X, a conduta praticada pelo agente deve ter potencialidade lesiva, pois, conforme assevera Damásio de Jesus:

> "não há delito de falso sem a potencialidade lesiva (possibilidade de dano). É preciso que traga em si mesmo a capacidade de iludir a vítima e, assim, causar-lhe um dano. Se o falso é grosseiro, incapaz de enganar, ou forma um documento nulo (nulidade estranha à própria falsidade), não ofende a fé pública e, por isso, inexiste crime".[2]

Além disso, o falso deve ter relevância no mundo jurídico, haja vista que, na maioria das infrações penais elencadas no Título X do Código Penal, a sua prática traz, de alguma forma, prejuízo para a fé pública, ou seja, para uma relevante relação de confiança que deve nortear o comportamento social. Assim, por exemplo, se alguém falsifica a data de seu nascimento, em uma carteira de identidade, com a única e exclusiva finalidade de fazer-se passar por mais velho para a sua namorada, querendo, com isso, infantilmente, demonstrar ser mais "experiente", embora tenha, efetivamente, levado a efeito o delito de falso, não podemos, segundo nosso raciocínio, imputar-lhe qualquer infração penal, pois o comportamento dele não tem a relevância exigida para efeitos de configuração dessas figuras típicas.

Em alguns casos, o falso será utilizado como meio para a prática de outros delitos, a exemplo do que ocorre com o estelionato. Em razão disso, haverá discussão no sentido da existência do concurso de crimes ou se poderá ser levado a efeito o raciocínio relativo ao antefato impunível. Veja-se, ainda, o posicionamento esposado pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula 17, que diz: *Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.*

Por meio do falso, o agente pratica os diversos comportamentos previstos no Título X da Parte Especial do Código Penal, que é dividido em quatro capítulos, a saber: *da moeda falsa* (Capítulo I); *da falsidade de títulos e outros papéis públicos* (Capítulo II); *da falsidade documental* (Capítulo III); *de outras falsidades* (Capítulo IV).

No Capítulo I, relativo à moeda falsa, foram previstos os delitos de *moeda falsa* (art. 289); *crimes assimilados ao de moeda falsa* (art. 290); *petrechos para falsificação de moeda* (art. 291); *emissão de título ao portador sem permissão legal* (art. 292).

2 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, v. 4, p. 8.

No Capítulo II, correspondente à falsidade de títulos e outros papéis públicos, encontram-se os crimes de *falsificação de papéis públicos* (art. 293), *petrechos de falsificação* (art. 294).

O Capítulo III, relativo à falsidade documental, prevê os delitos de *falsificação de selo ou sinal público* (art. 296); *falsificação de documento público* (art. 297); *falsificação de documento particular* (art. 298); *falsidade ideológica* (art. 299); *falso reconhecimento de firma ou letra* (art. 300); *certidão ou atestado ideologicamente falso* (art. 301); *falsidade material de atestado ou certidão* (art. 301, § 1º); *falsidade de atestado médico* (art. 302); *reprodução ou adulteração de selo ou peça filatélica* (art. 303); *uso de documento falso* (art. 304); *supressão de documento* (art. 305).

Por último, no Capítulo IV, encontram-se as outras falsidades, vale dizer, o delito de *falsificação do sinal empregado no contraste de metal precioso ou na fiscalização alfandegária, ou para outros fins* (art. 306); *falsa identidade* (arts. 307); *uso de documento de identidade alheia* (art. 308); *fraude de lei sobre estrangeiros* (art. 309); *falsidade em prejuízo da nacionalização de sociedade* (art. 310); *adulteração de sinal identificador de veículo automotor* (art. 311).

Faremos, a seguir, a análise de cada uma dessas infrações penais isoladamente.

Capítulo 39
Moeda Falsa

Moeda falsa

Art. 289. Falsificar, fabricando-a ou alterando-a, moeda metálica ou papel-moeda de curso legal no país ou no estrangeiro:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem, por conta própria ou alheia, importa ou exporta, adquire, vende, troca, cede, empresta, guarda ou introduz na circulação moeda falsa.

§ 2º Quem, tendo recebido de boa-fé, como verdadeira, moeda falsa ou alterada, a restitui à circulação, depois de conhecer a falsidade, é punido com detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

§ 3º É punido com reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e multa, o funcionário público ou diretor, gerente, ou fiscal de banco de emissão que fabrica, emite ou autoriza a fabricação ou emissão:

I – de moeda com título ou peso inferior ao determinado em lei;

II – de papel-moeda em quantidade superior à autorizada.

§ 4º Nas mesmas penas incorre quem desvia e faz circular moeda, cuja circulação não estava ainda autorizada.

1. INTRODUÇÃO

A falsificação da moeda é tão antiga quanto a sua própria criação como objeto de pagamento, em substituição ao sistema de escambo, de troca de mercadorias. Conforme esclarece Muñoz Conde,

> "à medida que determinados objetos, metais nobres, pedras preciosas etc., foram adquirindo uma aceitação geral na sociedade como meios de pagamento, se lhes atribuiu um valor onde podiam ser trocados por outras mercadorias e servir para adquiri-las. Esse valor se correspondia com a mercadoria

> que se queria obter, convertendo-se a moeda em meio ideal para facilitar as transações econômicas e, ao mesmo tempo, em um signo fiduciário socialmente aceito.
>
> Para reforçar essa aceitação geral dos metais preciosos e convertê-los em unidades que serviriam como valores de câmbio na vida econômica, o Estado se encarregou de controlar e monopolizar estas unidades de valor, impondo-as como meio legal de pagamento. O tráfico monetário se convertia, assim, também em um interesse estatal".[1]

Havia necessidade, portanto, de reprimir, por intermédio do Direito Penal, o comportamento daquele que colocava em risco a *fé pública* existente naquele objeto cuja circulação se tornara legal.

Atualmente, o delito de *moeda falsa* encontra-se tipificado no art. 289 e parágrafos do Código Penal. Pela redação constante do seu *caput*, podemos apontar os seguintes elementos, que integram o mencionado delito: a) a conduta de falsificar, fabricando ou alterando; b) moeda metálica ou papel-moeda; c) de curso legal no país ou no estrangeiro.

O núcleo *falsificar* tem o sentido de imitar o que é verdadeiro, tornando-o parecido. A falsificação pode ocorrer por meio da *fabricação* ou da *alteração*. A fabricação, também reconhecida por *contrafação*, consiste em criar materialmente o objeto, que será utilizado como moeda metálica ou papel-moeda, fazendo-o passar por verdadeiro; já na falsificação-alteração, o agente se vale de uma moeda metálica ou de um papel-moeda já existente, isto é, verdadeiro, e modifica-lhe o valor, a fim de que passe a representar mais do que efetivamente vale.

Hungria, com precisão, dissertando sobre o tema, preleciona:

> "A alteração há de representar sempre uma 'fraude' contra a fé pública no tocante à moeda como instrumento de troca e trazer consigo, por isso mesmo, a capacidade de perigo de 'um *praejudicium in incertam personam*'. Assim, não é crime de moeda falsa, por *alteração*, o fato de apagar ou modificar emblemas ou sinais impressos na moeda ou papel-moeda, desde que daí não resulte aparência de maior valor. Tome-se, por exemplo, o caso do extorsionário que, para evitar a identificação do papel-moeda que recebeu como preço de um resgate, substitua o número das respectivas estampas e séries ou a numeração de cada exemplar: não cometerá o crime de falsidade numária. Muito menos se apresentará este com o fato de modificar moeda metálica para *acrescer* o seu valor intrínseco, ou de substituir, seja na moeda metálica, seja no

1 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal* – Parte especial, p. 687-688.

> papel-moeda, letras ou números, para *diminuir* o respectivo valor nominal. Não está isso, é certo, consignado na lei, com todas as letras, mas impõe-se como inferência lógica, pois o falso numário não é um puro fim em si mesmo, uma 'arte por amor à arte', mas a criação de um meio de *locupletação* ilícita, ainda que a lei não exija o *animus lucri faciendi* para especificar o dolo desse crime".[2]

Da mesma forma, não se configura no delito em estudo se o agente falsifica a moeda metálica ou o papel-moeda, de modo a diminuir-lhe o valor, pois, conforme ainda esclarece Hungria, "tal indivíduo não deveria ser submetido a processo penal, mas a processo de interdição, ou se metido numa casa de orates, pois o seu ato equivaleria ao de *jogar fora* ou *rasgar* dinheiro, isto é, ao mais iniludível indício de loucura, segundo o jocoso mas acertado provérbio popular".[3]

A moeda metálica ou papel-moeda deve, de acordo com a redação constante do tipo penal que prevê o delito em estudo, ter curso legal ou forçado, no país ou no estrangeiro, ficando as pessoas, assim, obrigadas a recebê-lo, sob pena de praticarem a contravenção penal tipificada no art. 43 da Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688/41),[4] restando excluídas da infração penal em estudo as de curso *convencional* ou *comercial*.

Diz o art. 48, inciso XIV, da Constituição Federal:

> **Art. 48.** Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts. 49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:
>
> [...];
>
> XIV – moeda, seus limites de emissão, e montante da dívida mobiliária federal;
>
> [...].

Compete ao Conselho Monetário Nacional, nos termos do art. 3º, II, da Lei nº 4.595/64, regular o valor interno da moeda, bem como autorizar, nos termos do art. 4º, I, do mesmo diploma legal, as emissões de papel-moeda, segundo as diretrizes estabelecidas pelo presidente da República. Competirá, ainda, privativamente ao Banco Central da República do Brasil, conforme determina o art. 10, I, da Lei nº 4.595/64, emitir moeda-papel e moeda metálica, nas condições e limites autorizados pelo Conselho Monetário Nacional.

2 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. 9, p. 207-208.
3 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. 9, p. 208.
4 ***Art. 43.*** *Recusar-se a receber pelo seu valor, moeda de curso legal do País: Pena – multa.*

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; instantâneo (nas modalidades *falsificar, fabricar, alterar, importar, exportar, adquirir, vender, trocar, ceder* e *introduzir*) e permanente (no que diz respeito à conduta de *guardar*); monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *moeda falsa*, haja vista que o tipo penal do art. 289 não exige nenhuma qualidade ou condição especial.

O sujeito passivo é o Estado, bem como aquele que, no caso concreto, foi prejudicado com a conduta praticada pelo sujeito ativo, podendo tratar-se tanto de pessoa física quanto de pessoa jurídica.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A fé pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de moeda falsa.

O objeto material é a moeda falsa (metálica ou papel-moeda), de curso legal no país ou no estrangeiro, sobre a qual recai qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo penal em estudo.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito tipificado no *caput* do art. 289 do Código Penal se consuma quando o agente, efetivamente, realiza a falsificação, seja fabricando ou alterando moeda metálica ou papel-moeda de curso legal no País ou no estrangeiro, não havendo necessidade, outrossim, de ser colocada em circulação.

Tratando-se de crime plurissubsistente, será possível o raciocínio correspondente à tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *moeda falsa*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Conforme adverte Cezar Roberto Bitencourt,

> "não se exige elemento subjetivo especial, nem mesmo colocá-la em circulação posteriormente. No entanto, se o sujeito ativo age com a finalidade exclusiva de demonstrar sua habilidade

> técnica ou artística, ou, em outros termos, sem intenção de colocar a moeda falsificada no meio circulante, não se pode falar em crime. Isso não quer dizer, contudo, que o tipo penal exija elemento subjetivo especial do tipo, mas tão somente que os elementos constitutivos do dolo – consciência e vontade – devem abranger a realização de uma conduta criminosa. Assim, o *animus jocandi* afasta o dolo de infringir a ordem jurídica".[5]

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo *falsificar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria quando o agente, na qualidade de garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para evitar a falsificação de moeda metálica ou papel-moeda de curso legal no País ou no estrangeiro, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. CIRCULAÇÃO DE MOEDA FALSA

O § 1º do art. 289 do Código Penal, embora não possuindo essa rubrica, diz respeito ao delito de *circulação de moeda falsa, verbis*:

> § 1º Nas mesmas penas incorre quem, por conta própria ou alheia, importa, exporta, adquire, vende, troca, cede, empresta, guarda ou introduz na circulação moeda falsa.

Trata-se de tipo misto alternativo, no qual o agente poderá, ele próprio, ter levado a efeito a falsificação prevista no *caput* do art. 289 do Código Penal para, posteriormente, como é comum acontecer, colocá-la em circulação. Se assim o fizer, praticando algum dos comportamentos previstos no transcrito § 1º, deverá, outrossim, ser responsabilizado por uma única infração penal, e não haverá que se falar, *in casu*, em concurso de crimes.

Caso o agente acredite na autenticidade da moeda, poderá ser arguido o erro de tipo, eliminando-se o dolo e, consequentemente, a tipicidade do fato, mesmo sendo inescusável o erro, por ausência de modalidade de natureza culposa.

9. MODALIDADE PRIVILEGIADA

O § 2º do art. 289 do Código Penal prevê uma modalidade privilegiada do delito de *moeda falsa*:

> § 2º Quem, tendo recebido de boa-fé, como verdadeira, moeda falsa ou alterada, a restitui à circulação, depois de conhecer a falsidade, é punido com detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

[5] BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 4, p. 290.

Por meio desse tipo derivado privilegiado, percebe-se que a lei penal pune com menor rigor a conduta daquele que, de boa-fé, recebeu moeda falsa e, depois, tomando conhecimento da falsidade, quis evitar o prejuízo, restituindo-a à circulação.

Na verdade, deveria o agente, após tomar conhecimento de que a moeda por ele recebida era falsa, tê-la entregue à autoridade competente. No entanto, atua no sentido de "passar adiante" aquele objeto que não possui qualquer valor, ou mesmo valor inferior ao nele consignado.

Aqui, percebe-se que o juízo de reprovabilidade é menor. Preleciona Luiz Regis Prado que, nesse caso,

> "justifica-se a mitigação da sanção, em primeiro lugar, porque o que impulsiona a conduta do sujeito não é propriamente a vontade de lesar a fé pública, nem de locupletar-se, mas o desejo de evitar um prejuízo pecuniário, transferindo-o a outra vítima, o que revela ação de mero crimininoso de ocasião, que pratica a infração penal em virtude de circunstâncias não criadas unicamente por ele; em segundo lugar, porque não estará, com sua ação, iniciando a circulação da moeda falsa, que já ocorrera em momento precedente, mas tão só dando-lhe continuidade, de modo que também a magnitude da culpabilidade seja menor, se comparada às figuras precedentes, contidas no *caput* e no § 1º do art. 289".[6]

10. MODALIDADE QUALIFICADA

Diz o § 3º do art. 289 do Código Penal, *verbis*:

> § 3º É punido com reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e multa, o funcionário público ou diretor, gerente, ou fiscal de banco de emissão que fabrica, emite ou autoriza a fabricação ou emissão:
>
> I – de moeda com título ou peso inferior ao determinado em lei;
>
> II – de papel-moeda em quantidade superior à autorizada.

Trata-se de crime próprio, que só pode ser praticado pelos agentes apontados no § 3º, cuidando-se, ainda, de um delito qualificado, pois a pena máxima cominada em abstrato é superior àquela prevista na modalidade fundamental, constante do *caput* do art. 289 do estatuto repressivo.

6 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 4, p. 64.

Segundo Damásio de Jesus, *título*, mencionado pelo inciso I do § 3º do art. 289, "é a proporção que deve existir entre o metal fino e a liga metálica empregados na confecção da moeda. Para que haja delito é necessário que se produza moeda metálica com título ou peso inferior ao padrão legal".[7]

Não houve previsão legal para o fato de ser produzida moeda em quantidade superior ao determinado por lei, tratando-se de lacuna que não poderá ser preenchida, em virtude da proibição da analogia *in malam partem*.

Como vimos, compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil, conforme determina o art. 10, I, da Lei nº 4.595/64, emitir papel-moeda nas condições e limites autorizados pelo Conselho Monetário Nacional, configurando-se a infração penal constante do inciso II do § 3º do art. 289 do Código Penal, quando qualquer das pessoas ali elencadas emite ou autoriza a emissão de papel-moeda em quantidade superior à autorizada.

Como não existe previsão legal para a modalidade culposa de fabricação ou emissão irregular de moeda, se o agente, deixando de observar o seu necessário e exigível dever de cuidado, fizer com que seja fabricada moeda com título ou peso inferior ao determinado por lei, ou emita papel-moeda em quantidade superior à autorizada, o fato será atípico, podendo, no entanto, o agente responder nas esfera civil e administrativa, dependendo da hipótese concreta.

11. DESVIO E CIRCULAÇÃO ANTECIPADA

Determina o § 4º do art. 289 do Código Penal:

> § 4º Nas mesmas penas incorre quem desvia e faz circular moeda, cuja circulação não estava ainda autorizada.

A conduta prevista pelo aludido parágrafo diz respeito ao fato de o agente desviar e fazer circular moeda antecipadamente ou, conforme preleciona Ney Moura Teles, dando "à moeda destino que ela não tinha naquele momento, colocando-a em circulação antes da data autorizada. A moeda verdadeira, fabricada, apta a entrar em circulação, não o pode, por não ser o momento próprio. O agente, entretanto, desvia-a e a coloca em circulação antecipadamente".[8]

12. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada à modalidade fundamental do delito de *moeda falsa* é de reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.

Para o delito de *circulação de moeda falsa*, tipificado no § 1º do art. 289, a pena é a mesma prevista no *caput*.

7 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, v. 4, p. 14-15.
8 TELES, Ney Moura. *Direito penal*, v. 3, p. 305.

Será de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, a pena para aquele que, tendo recebido de boa-fé, como verdadeira, moeda falsa ou alterada, a restitui à circulação depois de conhecer a falsidade.

Para as modalidades qualificadas constantes dos §§ 3º e 4º do art. 289 do Código Penal, a pena é de reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito previsto no § 2º do art. 289 do Código Penal, tendo em vista que a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, também para o delito tipificado no § 2º do art. 289 do Código Penal.

13. DESTAQUES

13.1. Falsificação grosseira, sem qualquer capacidade de iludir as pessoas

Para que se possa falar em crime de falso, seja mediante contrafação ou alteração, não é necessário que a falsificação seja uma "obra de arte", bastando que tenha qualidade suficiente para iludir as pessoas, imitando moeda metálica ou papel-moeda.

Ao contrário, tem-se afastado a infração penal em estudo quando a falsificação é grosseira, pois, conforme esclarece Fragoso, "as falsificações grosseiras (como as notas do "Banco da Felicidade"), capazes somente de iludir os cegos, os simples e imaturos de mente, não constituem perigo para a fé pública e não é punível como moeda falsa, mas, tão só, como estelionato, se for o caso".[9]

Merece destaque, ainda, a Súmula nº 73 do Superior Tribunal de Justiça, que diz:

> ***Súmula nº 73.*** *A utilização de papel-moeda grosseiramente falsificado configura, em tese, o crime de estelionato, de competência da Justiça Estadual.*

13.2. Moeda que não possui curso legal utilizada pelo agente

O art. 289 do Código Penal exige, para efeitos de configuração do delito de moeda falsa, que a moeda metálica ou papel-moeda seja de curso legal no País ou no estrangeiro.

9 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal* – Parte especial, v. 2, p. 298.

Assim, se o agente falsifica, por exemplo, moeda de curso convencional ou comercial, o fato não se subsumirá ao tipo penal em exame, podendo, no entanto, configurar-se no delito de estelionato, caso estejam presentes os elementos necessários ao reconhecimento do art. 171 do Código Penal.

13.3. Competência para julgamento

Não sendo grosseira a falsificação, afastando-se, portanto, a Súmula nº 73 do STJ, competirá à Justiça Federal o processo e julgamento do delito de moeda falsa, conforme se verifica pela ementa abaixo transcrita:

> Processual Penal. *Habeas corpus*. Art. 289, § 1º, do Código Penal. Moeda falsa. Competência da Justiça Federal.
>
> Se a perícia efetuada no material apreendido aponta ser passível de se enganar o homem comum, tem-se que a falsificação não era grosseira, sendo, pois, competente a Justiça Federal para apreciar e julgar o feito. (Precedentes) *(Habeas corpus* denegado. STJ, *HC* 40385/CE; *Habeas Corpus* 2004/0178302-3; 5ª Turma, Rel. Min. Felix Fischer, publicado no *DJ* de 30/5/2005, p. 400).

Capítulo 40

Crimes Assimilados ao de Moeda Falsa

Crimes assimilados ao de moeda falsa

Art. 290. Formar cédula, nota ou bilhete representativo de moeda com fragmentos de cédulas, notas ou bilhetes verdadeiros; suprimir, em nota, cédula ou bilhete recolhidos, para o fim de restituí-los à circulação, sinal indicativo de sua inutilização; restituir à circulação cédula, nota ou bilhete em tais condições, ou já recolhidos para o fim de inutilização:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Parágrafo único. O máximo da reclusão é elevado a 12 (doze) anos e multa, se o crime é cometido por funcionário que trabalha na repartição onde o dinheiro se achava recolhido, ou nela tem fácil ingresso, em razão do cargo.

1. INTRODUÇÃO

O art. 290 do Código Penal prevê os *crimes assimilados ao de moeda falsa*. Analisando a mencionada figura típica, podemos concluir que se trata de quatro comportamentos cujo juízo de reprovabilidade é menos intenso do que na falsidade constante do art. 289 do estatuto repressivo, haja vista serem as penas cominadas bem inferiores àquelas relativas ao delito de *moeda falsa*.

Portanto, são estas as condutas previstas no tipo penal em exame: a) formar cédula, nota ou bilhete representativo de moeda com fragmentos de cédulas, notas ou bilhetes verdadeiros; b) suprimir, em nota, cédula ou bilhete recolhidos, para o fim de restituí-los à circulação, sinal indicativo de sua inutilização; c) restituir à circulação cédula, nota ou bilhete nas condições previstas anteriormente; d) restituir à circulação cédula, nota ou bilhete já recolhidos para o fim de inutilização.

Na primeira hipótese, conforme esclarece Noronha,

> "a ação delituosa consiste em o sujeito ativo formar uma cédula, usando ou justapondo fragmentos de outras inutilizadas ou recolhidas, dando àquela aparência de legítima, com o que a torna apta a circular. A hipótese não se confunde com a de aposição de números e dizeres de uma cédula verdadeira em outra, para que represente maior valor, quando há *alteração* e não *formação*".[1]

Por meio da segunda modalidade de comportamento típico, o agente leva a efeito a supressão em nota, cédula ou bilhete recolhidos, de sinal indicativo de sua inutilização, com a finalidade de restituí-los à circulação. Para tanto, o agente pode valer-se de raspagens, lavagens com ácido, enfim, qualquer meio mediante o qual seja possível a eliminação, via de regra, do carimbo ou de qualquer outro sinal indicativo de que aquela cédula foi inutilizada, ou seja, encontra-se fora de circulação, não possuindo o valor que lhe foi atribuído originariamente.

Nesses dois primeiros casos, basta que o agente tenha levado a efeito qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo para que a infração penal reste configurada, não havendo necessidade da efetiva colocação em circulação da cédula, nota ou bilhete.

Por meio da terceira e da quarta modalidades, o agente, mesmo não tendo sido o autor do falso, restitui à circulação a cédula, a nota ou o bilhete representativos de moeda que, sabidamente, foram ilegalmente formados por fragmentos verdadeiros, ou que tiveram suprimidos sinais indicativos de sua inutilização.

Nos dois primeiros casos, portanto, temos o falso praticado por meio da *formação* e da *supressão;* nas duas últimas, o delito se configura mediante a *restituição* dos objetos materiais à *circulação*.

Trata-se de tipo misto alternativo, na hipótese em que o agente, por exemplo, forme a cédula e a coloque em circulação, devendo, portanto, nesse caso, responder por uma única infração penal. No entanto, poderá também ser entendido como um tipo misto cumulativo quando o agente, por exemplo, praticar as duas primeiras ações narradas pelo tipo penal *sub examen*, vale dizer, formando, *v.g.*, cédula, por meio de fragmentos de outras já inutilizadas, bem como suprimindo, em outra, sinal indicativo de sua inutilização.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma vinculada; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

1 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 117-118.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito tipificado no art. 290 do Código Penal, não se exigindo nenhuma qualidade ou condição especial.

O sujeito passivo é o Estado, bem como aquele que, no caso concreto, foi prejudicado com a conduta praticada pelo sujeito ativo, podendo tratar-se tanto de pessoa física quanto de pessoa jurídica.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A fé pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê os *crimes assimilados ao de moeda falsa*.

O objeto material é a cédula, nota ou bilhete sobre os quais recai qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo penal em estudo.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, consegue formar cédula, nota ou bilhete representativo de moeda com fragmentos de cédulas, notas ou bilhetes verdadeiros; quando suprime, em nota, cédula ou bilhete recolhidos, para o fim de restituí-los à circulação, sinal indicativo de sua inutilização; quando restitui à circulação cédula, nota ou bilhete nas duas condições anteriores ou já recolhidos para o fim de inutilização.

Tratando-se de delito plurissubsistente, será possível o reconhecimento da tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê os *crimes assimilados ao de moeda falsa*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Deverá o agente, portanto, conhecer todos os elementos que integram o tipo penal em estudo, pois, caso contrário, poderá ser erigido o erro de tipo. Assim, imagine-se a hipótese daquele que restituiu à circulação cédula na qual havia sido suprimido sinal indicativo de sua inutilização, sem que tivesse tido conhecimento de tal fato. O erro sobre a inutilização da cédula conduzirá ao afastamento do dolo e, consequentemente, da própria infração penal.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

As condutas elencadas no tipo penal que prevê os *crimes assimilados ao de moeda falsa* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria quando o agente, na qualidade de garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para evitar que o sujeito leve a efeito qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo do art. 290 do Código Penal, nos termos do art. 13, § 2º, do mesmo diploma legal.

8. MODALIDADE QUALIFICADA

Determina o parágrafo único do art. 290, *verbis*:

> **Parágrafo único.** O máximo da reclusão é elevado a 12 (doze) anos e multa, se o crime é cometido por funcionário público que trabalha na repartição onde o dinheiro se achava recolhido, ou nela tem fácil ingresso, em razão do cargo.

Percebe-se o maior juízo de reprovação sobre a conduta daquele que tem maior facilidade para a prática do delito em análise.

9. PENA E AÇÃO PENAL

A pena cominada pelo preceito secundário do art. 290 do Código Penal é de reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Para a modalidade qualificada, constante do parágrafo único do art. 290 do Código Penal, o máximo da reclusão é elevado a 12 (doze) anos, além da multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Capítulo 41

Petrechos para Falsificação de Moeda

Petrechos para falsificação de moeda

Art. 291. Fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

1. INTRODUÇÃO

O tipo do art. 291 do Código Penal prevê o delito de *petrechos para falsificação de moeda*. Pela sua redação típica, podemos apontar os seguintes elementos: a) as condutas de fabricar, adquirir, fornecer, a título oneroso ou gratuito, possuir ou guardar; b) maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinando à falsificação de moeda.

Ab initio, é importante frisar que, aparentemente, o Código Penal estaria levando a efeito a punição de um ato considerado preparatório. Contudo, o que ocorre com o delito em estudo não é a antecipação da punição do agente, pura e simplesmente. No caso em exame, a lei penal entendeu que o fato de praticar qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo era tão grave que deveria ser tratado como infração penal autônoma.

Assim, o agente é punido não pela prática de um ato meramente preparatório, mas porque, efetivamente, executou uma das condutas previstas pelo tipo. Dessa forma, mantém-se a regra, absoluta, de que os atos de cogitação e os de preparação são impuníveis.[1]

O tipo penal utiliza os verbos *fabricar* (produzir, construir, preparar), *adquirir* (obter, conseguir, comprar), *fornecer* (prover, abastecer, guarnecer), seja a título

1. Em sentido contrário, afirma Cezar Roberto Bitencourt (*Tratado de direito penal*, v. 4, p. 299): "Trata-se, na verdade, da *fase preparatória* do crime de moeda falsa tipificado no dispositivo anterior, que, segundo a doutrina, a 'impaciência do legislador' levou-o a transformar em crime autônomo, criando uma exceção da impunibilidade dos atos preparatórios".

gratuito (ou seja, sem qualquer contraprestação) ou oneroso (mediante uma contraprestação), *possuir* (ter a posse), *guardar* (conservar, manter, tomar conta).

Tais condutas têm como objeto material *maquinismo, aparelho, instrumento* ou *qualquer objeto* especialmente destinado à falsificação de moeda. Salienta Damásio de Jesus:

> "Não se trata de qualquer mecanismo, aparelho ou objeto. É necessário que apresente destinação específica, qual seja, a de servir de meio executório de falsificação de moeda, como formas, moldes, fotografias, negativos, clichês, placas, matrizes, cunhos, modelos, lâminas etc. (caso de interpretação analógica)".[2]

Cuida-se de tipo misto alternativo, no qual a prática de mais de um comportamento previsto importará no reconhecimento de uma única infração penal. Assim, o mesmo agente poderá fabricar para vender, ou fabricar e guardar maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda, que responderá somente por um delito, não havendo que se falar, assim, em concurso de crimes.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; instantâneo (com relação aos núcleos *fabricar, adquirir* e *fornecer*) e permanente (com relação às condutas de *possuir* e *guardar*); monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito *petrechos para falsificação de moeda*, não exigindo o tipo do art. 291 do Código Penal nenhuma qualidade ou condição especial.

O sujeito passivo é o Estado.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A fé pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *petrechos para falsificação de moeda.*

O objeto material é o maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação da moeda.

2 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, v. 4, p. 22.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito de *petrechos para falsificação de moeda* se consuma quando o agente pratica qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo penal do art. 291, vale dizer, quando, efetivamente, *fabrica, adquire, fornece*, a título gratuito ou oneroso, *possui* ou *guarda* maquinismo, aparelho, instrumento ou qualquer objeto especialmente destinado à falsificação de moeda.

Tratando-se de crime plurissubsistente, torna-se perfeitamente possível o raciocínio relativo à tentativa, havendo como fracionar o *iter criminis*. Assim, não podemos concordar com Guilherme de Souza Nucci quando diz que o delito em estudo

> "não admite tentativa, pois se trata da tipificação da preparação do crime previsto no art. 289. Ora, a fase da preparação normalmente é penalmente irrelevante, pois o direito brasileiro adotou a teoria objetiva no campo da tentativa [...]. Assim, quando, por exceção, resolve o legislador criar o tipo penal especialmente para puni-la, é natural que não admita tentativa".[3]

Apesar da autoridade do renomado autor, não podemos aceitar suas conclusões, pois, *permissa venia*, são resultado de um raciocínio inicialmente equivocado. Como tivemos oportunidade de ressaltar, o agente não é punido porque praticou um simples ato preparatório, mas, sim, porque, efetivamente, *executou* um dos comportamentos previstos pelo tipo penal. Não há exceção à regra da impunibilidade da cogitação e dos atos preparatórios. Dessa forma, nada impede, tratando-se de um delito plurissubsistente, que o agente não consiga consumar a infração penal, deixando de levar a efeito uma das condutas previstas no art. 291 do Código Penal, por circunstâncias alheias à sua vontade. Imagine-se o exemplo daquele que é surpreendido no exato instante em que ia adquirir um mecanismo destinado especialmente à falsificação de moeda. O primeiro agente, isto é, aquele que forneceria o referido mecanismo a título oneroso, já havia consumado o delito, pois já o possuía anteriormente. No entanto, o comprador não conseguiu levar adiante a transação criminosa por circunstâncias alheias à sua vontade, devendo, portanto, responder pela tentativa do delito tipificado no art. 291 do Código Penal.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *petrechos para falsificação de moeda*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

3 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 930.

O agente deverá ter conhecimento de todos os elementos constantes do tipo penal em estudo, pois, caso contrário, poderá ser alegado o erro de tipo. Assim, imagine-se a hipótese daquele que adquire, a título oneroso, uma máquina sem ter o conhecimento de que ela se destinava especialmente à falsificação de moeda. Nesse caso, afastando-se o dolo, consequentemente, restará eliminada, também, a infração penal.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

As condutas previstas no tipo penal que prevê o delito de *petrechos para falsificação de moeda* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria quando o agente, na qualidade de garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para evitar que o agente leve a efeito qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo do art. 291 do Código Penal, nos termos do art. 13, § 2º, do mesmo diploma legal.

8. PENA E AÇÃO PENAL

O preceito secundário do tipo penal que prevê o delito de *petrechos para falsificação de moeda* comina uma pena de reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

9. DESTAQUE

9.1. Concurso entre os crimes de moeda falsa e petrechos para falsificação de moeda

Se o agente, possuindo, por exemplo, maquinismo destinado especialmente à falsificação de moeda vier a, efetivamente, fabricá-la, deverá responder pelas duas infrações penais, vale dizer, pelos delitos tipificados nos arts. 289 e 291 do Código Penal?

Entendemos que não deve ser aplicado, nesse caso, o raciocínio relativo ao chamado antefato impunível, em que o crime-fim (moeda falsa) absorve o crime-meio (petrechos para falsificação de moeda).

CAPÍTULO 42

EMISSÃO DE TÍTULO AO PORTADOR SEM PERMISSÃO LEGAL

Emissão de título ao portador sem permissão legal

Art. 292. Emitir, sem permissão legal, nota, bilhete, ficha, vale ou título que contenha promessa de pagamento em dinheiro ao portador ou a que falte indicação do nome da pessoa a quem deva ser pago:

Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

Parágrafo único. Quem recebe ou utiliza como dinheiro qualquer dos documentos referidos neste artigo incorre na pena de detenção, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, ou multa.

1. INTRODUÇÃO

Ainda no Capítulo I (da moeda falsa), do Título X da Parte Especial do Código Penal, encontra-se o delito de *emissão de título ao portador sem permissão legal.* De acordo com a redação legal, podemos identificar os seguintes elementos: a) a conduta de *emitir*; b) sem permissão legal; c) nota, bilhete, ficha, vale ou título que contenha promessa de pagamento em dinheiro ao portador; d) ou a que falte indicação do nome da pessoa a quem deva ser pago.

O núcleo *emitir* deve ser entendido no sentido de *colocar em circulação*, fazer circular qualquer dos objetos materiais indicados pelo tipo, haja vista estarmos diante de um crime contra a fé pública, conforme observado.

Essa emissão deve ter sido levada a efeito sem a necessária *permissão legal.* Verifica-se, portanto, tratar-se de norma penal em branco, haja vista que, para efeitos de interpretação e aplicação do tipo penal em exame, será necessário conhecer, por meio de um diploma extrapenal, essa permissão.

O tipo penal do art. 292 aponta o objeto material da conduta praticada pelo agente, vale dizer, *nota, bilhete, ficha, vale* ou *título* que contenha promessa de pagamento em dinheiro ao portador ou a que falte indicação do nome da pessoa

a quem deva ser pago. *Título ao portador*, conforme esclarece Wille Duarte Costa, é "o documento pelo qual alguém se obriga a pagar certa quantia, [...], a quem quer que se lhe apresente o documento",[1] sendo, portanto, uma de suas características, não se dirigir a pessoa determinada.

Adverte Damásio de Jesus:

> "Não são, porém, todos os títulos ao portador que servem de objeto material do crime, uma vez que a norma os especifica: conferem tipicidade ao fato somente os títulos que contêm promessa de pagamento em dinheiro. Ficam de fora, em face disso, os que representam mercadorias, serviços, utilidades etc., como os *warrants* e conhecimentos de depósito, vales particulares, passagens de veículos etc. Assim, a norma incriminadora não alcança os chamados 'vales íntimos' ou 'vales de caixa', papéis que se entrega a alguém como lembrete para que forneça mercadoria, serviço ou dinheiro. Esses papéis, não possuindo atribuição legal de função de crédito, escapam à tipicidade".[2]

O parágrafo único do art. 292 do Código Penal também responsabiliza criminalmente aquele que *recebe* ou *utiliza* como dinheiro qualquer dos documentos referidos no *caput*, cominando uma pena de detenção, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, ou multa.

A lei penal, por intermédio desse parágrafo único, leva em consideração, agora, não aquele que *emite* o título, mas, sim, o seu *tomador*, ou seja, aquele que o recebe ou o utiliza, que contribui, dessa forma, para sua indevida circulação.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *emissão de título ao portador sem permissão legal*, não exigindo o tipo do art. 292 do Código Penal nenhuma qualidade ou condição especial.

O sujeito passivo é o Estado.

1 COSTA, Wille Duarte. *Títulos de crédito*, p. 33.

2 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, v. 4, p. 24.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A fé pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *emissão de título ao portador sem permissão legal*.

O objeto material é a nota, bilhete, ficha, vale ou título que contenha promessa de pagamento em dinheiro ao portador ou a que falte indicação do nome da pessoa a quem deva ser pago, emitido sem permissão legal.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Como observamos, o núcleo *emitir* deve ser entendido no sentido de *colocar em circulação*. Dessa forma, o delito tipificado no art. 292 do Código Penal se consuma somente quando o agente, efetivamente, coloca em circulação nota, bilhete, ficha, vale ou título que contenha promessa de pagamento em dinheiro ao portador ou a que falte indicação do nome da pessoa a quem deva ser pago.

Tratando-se de crime contra a fé pública, devemos observar que somente se configurará a infração penal em estudo quando essa circulação se der publicamente, ou seja, for utilizada como um substitutivo da moeda corrente ou de outros títulos permitidos legalmente. Assim, conforme salienta Fragoso,

> "a criminosidade da ação prevista pela lei reside no fato da circulação da nota, bilhete, ficha, vale ou título como um sub-rogado ou substitutivo da moeda, motivo pelo qual será perfeitamente lícito o uso de vales provisórios, empregados normalmente na vida comercial, destinados a circular em ambiente restrito e emitidos para fins específicos, como sejam, a comprovação de adiantamentos em dinheiro ou pagamentos de futuras contraprestações em utilidades".[3]

Haverá consumação, ainda, da infração penal tipificada no parágrafo único do art. 292 do Código Penal quando o agente, efetivamente, receber, ou seja, aceitar como dinheiro quaisquer dos documentos referidos no *caput*, ou, da mesma forma, quando os utilizar.

Tratando-se de crime plurissubsistente, será possível o reconhecimento da tentativa, embora exista controvérsia doutrinária nesse sentido.[4]

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *emissão de título ao portador sem permissão legal*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

3 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal* – Parte especial, v. 2, p. 314.

4 A exemplo de Guilherme de Souza Nucci (*Código penal comentado*, p. 930), quando diz: "Cremos ser impossível encontrar *iter criminis* válido, pois a conduta punida é a *emissão* (colocação do título em circulação). Portanto, ou o agente efetivamente *emite* o título ou trata-se de um irrelevante penal".

O agente deverá ter conhecimento de todos os elementos constantes do tipo penal em estudo, pois, caso contrário, poderá ser arguido o erro de tipo.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos *emitir* (*caput* do art. 292), *receber* e *utilizar* (previstos no parágrafo único do mesmo artigo) pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria quando o agente, na qualidade de garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para evitar que o agente leve a efeito qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo do art. 292 do Código Penal, nos termos do art. 13, § 2º, do mesmo diploma legal.

8. PENA E AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao *caput* do art. 292 do Código Penal é de detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

O parágrafo único prevê uma pena de detenção, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, ou multa.

A ação penal é de iniciativa pública.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito de *emissão de título ao portador sem permissão legal*, tendo em vista que a pena máxima cominada em abstrato, seja no *caput*, seja mesmo no parágrafo único do art. 292 do Código Penal, não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Capítulo 43

Da Falsidade de Títulos e outros Papéis Públicos

FALSIFICAÇÃO DE PAPÉIS PÚBLICOS

Falsificação de papéis públicos

Art. 293. Falsificar, fabricando-os ou alterando-os:

I – selo destinado a controle tributário, papel selado ou qualquer papel de emissão legal destinado à arrecadação de tributo;

II – papel de crédito público que não seja moeda de curso legal;

III – vale postal;

IV – cautela de penhor, caderneta de depósito de caixa econômica ou de outro estabelecimento mantido por entidade de direito público;

V – talão, recibo, guia, alvará ou qualquer outro documento relativo a arrecadação de rendas públicas ou a depósito ou caução por que o poder público seja responsável;

VI – bilhete, passe ou conhecimento de empresa de transporte administrada pela União, por Estado ou Município:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena quem:

I – usa, guarda, possui ou detém qualquer dos papéis falsificados a que se refere este artigo;

II – importa, exporta, adquire, vende, troca, cede, empresta, guarda, fornece ou restitui à circulação selo falsificado destinado a controle tributário;

III – importa, exporta, adquire, vende, expõe à venda, mantém em depósito, guarda, troca, cede, empresta, fornece, porta ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, produto ou mercadoria:

a) em que tenha sido aplicado selo que se destine a controle tributário, falsificado;

b) sem selo oficial, nos casos em que a legislação tributária determina a obrigatoriedade de sua aplicação.

§ 2º Suprimir, em qualquer desses papéis, quando legítimos, com o fim de torná-los novamente utilizáveis, carimbo, ou sinal indicativo de sua inutilização:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 3º Incorre na mesma pena quem usa, depois de alterado, qualquer dos papéis a que se refere o parágrafo anterior.

§ 4º Quem usa ou restitui à circulação, embora recebido de boa-fé, qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem este artigo e o seu § 2º, depois de conhecer a falsidade ou alteração, incorre na pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

§ 5º Equipara-se a atividade comercial, para os fins do inciso III do § 1º, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, inclusive o exercido em vias, praças ou outros logradouros públicos e em residências.

1. INTRODUÇÃO

O art. 293 do Código Penal, contido no Capítulo II do Título X da Parte Especial, cuidou da *falsificação de papéis públicos*.

O mencionado artigo sofreu várias modificações introduzidas pela Lei nº 11.035, de 22 de dezembro de 2004.

Para efeitos de melhor visualização sobre o tema, destacaremos as condutas previstas no *caput*, bem como as demais situações elencadas pelos parágrafos do art. 293.

Assim, de acordo com a redação constante dos incisos I a VI do art. 293 do Código Penal, configura-se no delito de *falsificação de papéis públicos* a conduta do agente que falsifica, quer fabricando, quer alterando:

I – selo destinado a controle tributário, papel selado ou qualquer papel de emissão legal destinado à arrecadação de tributo.

Tal inciso teve a sua redação determinada pela Lei nº 11.035, de 22 de dezembro de 2004. Conforme preleciona Guilherme de Souza Nucci,

> "selo destinado a controle tributário, é a marca feita por carimbo, sinete, chancela ou máquina, inclusive por meio de estampilha [...], cuja finalidade é comprovar o pagamento de determinada quantia referente a tributo; papel selado, é a estampilha fixa, ou seja, 'o selo destinado a facilitar, assegurar e comprovar (atestar) o pagamento de certos impostos ou taxas (federais, estaduais ou municipais), seja na órbita administrativa, seja na órbita judiciária. Também pode ser adesiva ou fixa, constituindo neste último o papel selado, a que expressamente se refere o inciso em exame [..]'; após ter exemplificado (selo ou papel selado), indica a norma penal, por interpretação analógica, que também se encaixam neste artigo todas as outras formas eventualmente criadas pela Administração para a mesma finalidade".[1]

Todos os papéis mencionados no inciso I devem ser destinados à arrecadação de tributos.

II – Papel de crédito público que não seja moeda de curso legal.

O inciso II do art. 293 do Código Penal diz respeito às apólices ou títulos da dívida pública (federal, estadual ou municipal), que não se confundem com a moeda de curso legal no país.

III – Vale postal.

O inciso III do art. 293 do Código Penal foi revogado pelo art. 36 da Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978, que diz, *verbis*:

Art. 36. Falsificar, fabricando ou adulterando, selo, outra fórmula de franqueamento ou vale-postal.

Pena: reclusão, até 8 (oito) anos, e pagamento de 5 (cinco) a 15 (quinze) dias-multa.

O art. 47 do referido diploma legal ainda define o vale-postal, dizendo ser o título emitido por unidade postal à vista de um depósito de quantia para pagamento na mesma ou em outra unidade postal.

1 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 934.

> IV – Cautela de penhor, caderneta de depósito de caixa econômica ou de outro estabelecimento mantido por entidade de direito público.

Cautela de penhor é um título de crédito que, mediante seu pagamento, poderá ser retirada a coisa empenhada. A caderneta de depósito mencionada no inciso IV, praticamente, já não existe mais. Era aquele livreto onde se faziam as anotações relativas às movimentações bancárias.

> V – Talão, recibo, guia, alvará ou qualquer outro documento relativo a arrecadação de rendas públicas ou a depósito ou caução por que o poder público seja responsável.

Segundo define Hungria,

> "talão é o documento de quitação que se destaca de adequado libreto, onde fica residualmente o denominado 'canhoto', com dizeres idênticos aos do correspondente talão. Recibo é a declaração escrita de recebimento de dinheiro ou valores, sejam, ou não, a título de pagamento. Guia é todo escrito oficial destinado ao fim de recolhimento ou depósito de dinheiros ou valores *ex vi legis*. Alvará, aqui, é o documento ou título expedido por autoridade administrativa ou judicial autorizando algum ato concernente à arrecadação fiscal ou ao depósito ou caução sob responsabilidade do poder público".[2]

O inciso V se vale, ainda, do recurso à interpretação analógica, uma vez que, após apontar os documentos que, se falsificados, importam no delito em exame, utiliza uma fórmula genérica, asseverando que também estará incluída no mencionado inciso qualquer falsificação de outro documento relativo à arrecadação de rendas públicas ou a depósito ou caução por que o poder público seja responsável.

> VI – Bilhete, passe ou conhecimento de empresa de transporte administrada pela União, por Estado ou por Município.

Por bilhete, entende-se o cartão impresso que dá direito a fazer determinado percurso em veículo de transporte coletivo; passe é o bilhete de trânsito, gratuito ou não, ou com abatimento, concedido por empresa de transporte coletivo; conhecimento é o documento representativo de mercadoria depositada ou entregue para transporte.

2 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 241.

A Lei nº 11.035, de 22 de dezembro de 2004, acrescentou três incisos ao § 1º do art. 293 do Código Penal, dizendo incorrer nas mesmas penas previstas para o *caput*, vale dizer, reclusão de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa, quem:

> I – usa, guarda, possui ou detém qualquer dos papéis falsificados a que se refere este artigo;
>
> II – importa, exporta, adquire, vende, troca, cede, empresta, guarda, fornece ou restitui à circulação selo falsificado destinado a controle tributário;
>
> III – importa, exporta, adquire, vende, expõe à venda, mantém em depósito, guarda, troca, cede, empresta, fornece, porta ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, produto ou mercadoria:
>
> a) em que tenha sido aplicado selo que se destine a controle tributário, falsificado;
>
> b) sem selo oficial, nos casos em que a legislação tributária determina a obrigatoriedade de sua aplicação.

O § 2º do art. 293 prevê uma modalidade privilegiada da infração penal em estudo, quando o agente suprime, em qualquer desses papéis, quando legítimos, com o fim de torná-los novamente utilizáveis, carimbo ou sinal indicativo de sua inutilização. Quando a supressão de sinal de utilização recair sobre selo, outra fórmula de franqueamento ou vale-postal, terá aplicação o art. 37 da Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978, que diz:

> **Art. 37.** Suprimir, em selo, outra fórmula de franqueamento ou vale-postal, quando legítimos, com o fim de torná-los novamente utilizáveis, carimbo ou sinal indicativo de sua utilização. Pena: reclusão, até quatro anos, e pagamento de cinco a quinze dias-multa.

Incorrerá na mesma pena, de acordo com o § 3º do art. 293 do Código Penal, aquele que usa, depois de alterado, qualquer dos papéis a que se refere o § 2º. Com relação à lei que dispôs sobre os Serviços Postais, o § 1º do art. 37 prevê também a punição não somente daquele que faz uso, como também de quem vende, fornece ou guarda, depois de alterado, selo, outra fórmula de franqueamento ou vale-postal.

Aquele que usa ou restitui à circulação, embora recebido de boa-fé, qualquer dos papéis falsificados ou alterados a que se referem o art. 293 e seu § 2º, do Código Penal, depois de conhecer a falsidade ou alteração, incorrerá na pena de

detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa, conforme o disposto no § 4º do artigo referido.

O § 5º, acrescentado ao art. 293 do Código Penal pela Lei nº 11.035, de 22 de dezembro de 2004, diz equiparar-se à atividade comercial, para os fins do inciso III do § 1º, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino, até mesmo o exercido em vias, praças ou outros logradouros públicos e em residências.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; instantâneo (quando estivermos diante dos núcleos *fabricar, alterar, usar, importar, exportar, adquirir, vender, trocar, ceder, emprestar, fornecer, utilizar, suprimir, restituir à circulação*) e permanente (quando a conduta praticada disser respeito a *guardar, possuir, deter, expor à venda, manter em depósito, portar)*; monossubjetivo; monossubsistente e plurissubsistente (dependendo da hipótese concreta); não transeunte (como regra).

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *falsificação de papéis públicos*, não exigindo o tipo do art. 293 do Código Penal nenhuma qualidade ou condição especial.

O sujeito passivo é o Estado, bem como aquelas pessoas (físicas ou jurídicas) que foram diretamente prejudicadas com a conduta praticada pelo agente.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A fé pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *falsificação de papéis públicos.*

O objeto material são os papéis públicos apontados pelo art. 293, seus parágrafos e incisos.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma com a prática de qualquer dos comportamentos previstos pelo art. 293, *caput* e parágrafos que colocam em risco a fé pública.

A tentativa será admissível nas hipóteses em que se puder fracionar o *iter criminis*, e deverá ser avaliada caso a caso.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *falsificação de papéis públicos*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

O agente deverá ter conhecimento de todos os elementos constantes do tipo penal em estudo, pois, caso contrário, poderá ser alegado o erro de tipo.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos constantes do *caput* e parágrafos do art. 293 do Código Penal pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria quando o agente, na qualidade de garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para evitar que o agente leve a efeito qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo do art. 293 do Código Penal, nos termos do art. 13, § 2º, do mesmo diploma legal.

8. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada para as hipóteses previstas no *caput* e § 1º do art. 293 do Código Penal é de reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa; para os §§ 2º e 3º, a pena prevista é de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa; o § 4º comina uma pena de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

Se o agente é funcionário público e comete o crime prevalecendo-se do cargo, aumenta-se a pena de sexta parte, nos termos preconizados pelo art. 295 do Código Penal.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito previsto pelo § 4º do art. 293 do Código Penal, tendo em vista que a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, nas hipóteses constantes dos §§ 2º, 3º e 4º do art. 293 do Código Penal.

Capítulo 44

Petrechos de Falsificação

Petrechos de falsificação

Art. 294. Fabricar, adquirir, fornecer, possuir ou guardar objeto especialmente destinado à falsificação de qualquer dos papéis referidos no artigo anterior:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

1. INTRODUÇÃO

Tal como ocorre no art. 291 do Código Penal, que prevê o delito de *petrechos para falsificação de moeda*, o art. 294 do Código Penal, inserido no Capítulo II, que diz respeito à *falsidade de títulos e outros papéis públicos*, prevê o delito de *petrechos de falsificação*.

As mesmas observações levadas a efeito quando do estudo do art. 291 do Código Penal aplicam-se ao delito em exame, principalmente no que diz respeito à discussão sobre a possibilidade de punição de atos em tese considerados como preparatórios.

De acordo com a redação legal, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de *fabricar, adquirir, fornecer, possuir ou guardar*; b) objeto especialmente destinado à falsificação dos papéis referidos no art. 293 do Código Penal.

O tipo penal utiliza, portanto, os verbos *fabricar* (produzir, construir, preparar), *adquirir* (obter, conseguir, comprar), *fornecer* (prover, abastecer, guarnecer), seja a título gratuito (isto é, sem qualquer contraprestação) ou oneroso (mediante uma contraprestação), muito embora o art. 294 do Código Penal, ao contrário do mencionado art. 291, não tenha mencionado expressamente essa situação (a título oneroso ou gratuito), *possuir* (ter a posse) e *guardar* (conservar, manter, tomar conta).

O objeto material da conduta praticada pelo agente é aquele especialmente destinado à falsificação de qualquer dos papéis referidos no art. 293 do Código Penal. Conforme adverte Luiz Regis Prado:

> "o objeto material do delito, consoante se infere do emprego do termo genérico objeto, que tem acepção ampla, inclui qualquer coisa, até mesmo uma substância qualquer, desde que especialmente destinada à falsificação dos mencionados papéis ou títulos públicos. Pode, por exemplo, ser uma prensa, um fotolito, uma matriz, uma tinta especial; enfim, todo e qualquer instrumento, aparelho, equipamento, ferramenta, mecanismo ou aparato que tenha como utilidade principal a reprodução fraudulenta dos papéis referidos. Não é preciso que o petrecho sirva exclusivamente à falsificação, até porque será difícil encontrar um objeto que não tenha absolutamente outra serventia que não a contrafação ou alteração de tais papéis".[1]

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; instantâneo (nas modalidades fabricar, adquirir e fornecer) e permanente (quando a conduta do agente disser respeito a possuir ou guardar); monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *petrechos de falsificação*, não exigindo o tipo do art. 294 do Código Penal nenhuma qualidade ou condição especial.

O sujeito passivo é o Estado.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A fé pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *petrechos de falsificação.*

O objeto material é aquele especialmente destinado à falsificação dos papéis referidos no art. 293 do Código Penal.

1 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 4, p. 132.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Ocorre a consumação quando o agente, efetivamente, fabrica, adquire, fornece, possui ou guarda o objeto especialmente destinado à falsificação dos papéis referidos no art. 293 do Código Penal.

Tratando-se, como regra, de crime plurissubsistente, em que se pode fracionar o *iter criminis*, a tentativa será admissível.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *petrechos de falsificação*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Assim, por exemplo, se o agente vier a guardar um objeto por ele encontrado, sem que tenha conhecimento de que ele se destinava à falsificação dos papéis referidos no art. 293 do Código Penal, o fato deverá ser considerado atípico, podendo ser alegado, *in casu*, o erro de tipo.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos constantes do art. 294 do Código Penal pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria quando o agente, na qualidade de garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para evitar que o sujeito leve a efeito qualquer dos comportamentos típicos, nos termos do art. 13, § 2º, do mesmo diploma legal.

8. PENA, AÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *petrechos de falsificação* é de reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Se o agente é funcionário público e comete o crime prevalecendo-se do cargo, aumenta-se a pena de sexta parte, conforme determina o art. 295 do Código Penal.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

9. DESTAQUES

9.1. Agente que falsifica os papéis

Pode ocorrer que o agente seja surpreendido não somente com os petrechos de falsificação, mas com o próprio resultado da sua utilização, vale dizer, algum dos papéis referidos pelo art. 293 do Código Penal. Nesse caso, haveria concurso

de crimes? A resposta, segundo nosso posicionamento, seria negativa, aplicando-se, aqui, o raciocínio relativo ao antefato impunível, devendo o agente responder, tão somente, pela falsificação dos papéis públicos por ele levada a efeito.

9.2. Petrechos de falsificação de selo, fórmula de franqueamento ou vale-postal

Se o objeto for destinado à falsificação de selo, outra fórmula de franqueamento ou vale-postal, aplica-se o art. 38 da Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978, que diz:

> **Art. 38.** Fabricar, adquirir, fornecer, ainda que gratuitamente, possuir, guardar, ou colocar em circulação objeto especialmente destinado à falsificação de selo, outra fórmula de franqueamento ou vale-postal:
>
> Pena: reclusão, até 3 (três) anos, e pagamento de 5 (cinco) a 15 (quinze) dias-multa.

CAPÍTULO 45

FALSIFICAÇÃO DE SELO OU SINAL PÚBLICO

Falsificação do selo ou sinal público

Art. 296. Falsificar, fabricando-os ou alterando-os:

I – selo público destinado a autenticar atos oficiais da União, de Estado ou de Município;

II – selo ou sinal atribuído por lei a entidade de direito público, ou a autoridade, ou sinal público de tabelião:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas:

I – quem faz uso do selo ou sinal falsificado;

II – quem utiliza indevidamente o selo ou sinal verdadeiro em prejuízo de outrem ou em proveito próprio ou alheio;

III – quem altera, falsifica ou faz uso indevido de marcas, logotipos, siglas ou quaisquer outros símbolos utilizados ou identificadores de órgãos ou entidades da Administração Pública.

§ 2º Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalencendo-se do cargo, aumenta-se a pena de sexta parte.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *falsificação do selo ou sinal público* encontra-se inserido no Capítulo III (Da Falsidade Documental) do Título X do Código Penal (Dos Crimes contra a Fé Pública).

Embora o art. 296 do Código Penal figure no capítulo correspondente à falsidade documental, os objetos materiais da ação do agente, vale dizer, o selo ou sinal público, não são considerados documentos, mas, sim, objetos que, se utilizados, garantem a autenticidade de um documento. Conforme esclarece Fragoso,

> "os selos e sinais públicos a que a lei penal aqui se refere, não constituem *documento*. São, porém, comumente empregados como elementos de certificação ou autenticação documental, o que justifica a classificação. Uma vez apostos ao documento, tais selos passam a fazer parte integrante dele".[1]

De acordo com a redação constante no *caput*, bem como no § 1º do art. 296 do Código Penal, podemos apontar os seguintes elementos que integram as figuras típicas: a) a conduta de falsificar, fabricando ou alterando, selo público destinado a autenticar atos oficiais da União, de Estado ou de Município; b) selo ou sinal atribuído por lei a entidade de direito público, ou a autoridade, ou sinal público de tabelião; c) a conduta de usar selo ou sinal falsificado; d) utilização indevida de selo ou sinal verdadeiro em prejuízo de outrem ou em proveito próprio ou alheio; e) alteração, falsificação ou uso indevido de marcas, logotipos, siglas ou quaisquer outros símbolos utilizados ou identificadores de órgãos da Administração Pública.

A falsificação poderá ocorrer por meio da *contrafação*, quando o agente fabrica, criando selo ou sinal público, como também pela sua *alteração*, com a modificação do verdadeiro.

Devemos observar o alerta feito por Sylvio do Amaral, quando diz:

> "Ao contrário do que pode parecer à primeira vista, o Código não se ocupa, no art. 296, da figura impressa, mas do objeto impressor. Embora encaixada em capítulo relativo à falsidade *documental*, a disposição mencionada focaliza, na realidade, apenas a falsificação (mediante a fabricação ou alteração) do instrumento de gravação do selo público, e não a do sinal já estampado em documento (na colocação da matéria obedeceu, por certo, o legislador à consideração de que os selos públicos destinam-se exclusivamente à formalização de documentos, e, por consequência, a ação do falsificador há de visar sempre, ainda que indiretamente, a falsidade documental). Não há outro entendimento possível, quando se atenta para a circunstância de que a lei pune o uso do selo falsificado (art. 296, § 1º, n. I como crime autônomo. Se o caso fosse de falsificação da figura impressa, essa hipótese constituiria o delito de uso de documento falso (art. 304)".[2]

Merece ser frisado, ainda, que no inciso I do art. 296 do Código Penal não houve menção à falsificação de selo ou sinal público destinado a autenticar atos oficiais do Distrito Federal, não se podendo corrigir a falha legal por meio da analogia, pois vedada, *in casu*, pelo princípio do *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*, que proíbe a chamada analogia *in malam partem*.

1 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal* – Parte especial, v. II, p. 330-331.

2 AMARAL, Sylvio do. *Falsidade documental*, p. 165.

A falsificação poderá ocorrer, ainda, sobre selo ou sinal atribuído por lei a entidade de direito público, aqui abrangidas as autarquias, por serem consideradas pessoas jurídicas de direito público, de natureza paraestatal. A autoridade mencionada no inciso II do art. 296 do Código Penal, preleciona Mirabete, "é a que autentica seus documentos por meio de selo ou sinal".[3] Também comete o delito em estudo, de acordo com a parte final do mencionado inciso II, aquele que falsifica *sinal público de tabelião*.

O § 1º do art. 296 do Código Penal prevê as mesmas penas para aquele que, embora não falsificando, faz uso do selo ou sinal que sabe ser falsificado (inciso I), ou que utiliza o selo ou sinal verdadeiro em prejuízo de outrem ou em proveito próprio ou alheio (inciso II), ou, ainda, de acordo com o inciso III, acrescentado ao § 1º do art. 296 pela Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000, para o que altera, falsifica ou faz uso indevido de marcas, logotipos, siglas ou quaisquer outros símbolos utilizados ou identificadores de órgãos ou entidades da Administração Pública.

Dependendo da hipótese concreta, poderá ser considerado um tipo misto alternativo, a exemplo daquele que fabrica e utiliza o selo por ele falsificado, ou tipo misto cumulativo, quando o agente, *v.g.*, vier a falsificar selo ou sinal público destinado a autenticar atos oficiais da União, de Estado ou de Município e, ainda, utilizar, indevidamente, o selo ou sinal verdadeiro em prejuízo de outrem ou em proveito próprio ou alheio.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente ou unissubsistente (dependendo da hipótese concreta); não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *falsificação do selo ou sinal público*, haja vista que os tipos constantes do art. 296, *caput*, e § 1º do Código Penal não exigem nenhuma qualidade ou condição especial. Caso o sujeito ativo seja funcionário público, se tiver praticado a infração penal prevalecendo-se do cargo, a pena será aumentada de sexta parte.

O sujeito passivo é o Estado, bem como aquelas pessoas que foram diretamente prejudicadas com a utilização do selo ou sinal público falsificado.

3 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*, v. 3, p. 232.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A fé pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *falsificação de selo ou sinal público*.

O objeto material é o selo ou o sinal público, sobre o qual recai a conduta praticada pelo agente.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando o agente, nas hipóteses constantes do *caput* do art. 296 do Código Penal, efetivamente, falsifica o selo ou o sinal público, levando a efeito sua fabricação ou alteração.

No § 1º do art. 296 do Código Penal, a consumação ocorre quando o agente *faz uso* do selo ou sinal falsificado, utiliza indevidamente o selo ou sinal verdadeiro em prejuízo de outrem ou em proveito próprio ou alheio, ou quando altera, falsifica ou faz uso indevido de marcas, logotipos, siglas ou quaisquer outros símbolos utilizados ou identificadores de órgãos ou entidades da Administração Pública.

Como regra, será possível a tentativa, haja vista que, na maioria das hipóteses, estaremos diante de um crime plurissubsistente.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *falsificação do selo ou sinal público*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

O agente deverá ter conhecimento de todos os elementos constantes do tipo penal em estudo, pois, caso contrário, poderá ser arguido o erro de tipo, afastando-se o dolo e, consequentemente, a própria infração penal.

Assim, imagine-se a hipótese daquele que faz uso de um selo falsificado acreditando em sua autenticidade. Nesse caso, mesmo sendo considerado inescusável o erro, a infração penal restará eliminada por ausência de previsão legal para a modalidade de natureza culposa.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Todos os verbos constantes do *caput*, bem como do § 1º do art. 296 do Código Penal, pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser cometido via omissão imprópria na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para evitar a prática de qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo penal em estudo.

8. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA

Determina o § 2º do art. 296 do Código Penal que *se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, aumenta-se a pena de sexta parte.*

Analisando a majorante em estudo, verifica-se que não basta que o fato seja levado a efeito por funcionário público. De acordo com a redação legal, somente haverá o aumento de um sexto no terceiro momento do critério trifásico de aplicação da pena, previsto pelo art. 68 do Código Penal, quando, além da qualidade de funcionário público, o agente tiver praticado o delito prevalecendo-se do seu *cargo*. Exige-se, portanto, a conjugação da qualidade de *funcionário público* com a facilidade que lhe proporciona o *cargo* por ele ocupado, pois, caso contrário, não poderá ocorrer a incidência da causa especial de aumento de pena.

Assim, imagine-se a hipótese em que um funcionário público falsifique um selo público destinado a autenticar atos oficiais da União, de Estado ou de Município, sendo que o cargo por ele ocupado em nada facilite esse tipo de comportamento. Nesse caso, deverá responder pelo delito em estudo, afastando-se a majorante.

A lei penal menciona, tão somente, o *cargo*, querendo isso significar que, embora considerado funcionário público por equiparação ou extensão, nos termos preconizados pelo art. 327 do Código Penal, também não incidirá a majorante quando o agente exercer um *emprego* ou uma *função pública*.

9. PENA E AÇÃO PENAL

A pena cominada ao delito de *falsificação do selo ou sinal público* é de reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, aumenta-se a pena de sexta parte.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Capítulo 46

Falsificação de Documento Público

Falsificação de documento público

Art. 297. Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1º Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, aumenta-se a pena de sexta parte.

§ 2º Para efeitos penais, equiparam-se a documento público o emanado de entidade paraestatal, o título ao portador ou transmissível por endosso, as ações de sociedade comercial, os livros mercantis e o testamento particular.

§ 3º Nas mesmas penas incorre quem insere ou faz inserir:

I – na folha de pagamento ou em documento de informações que seja destinado a fazer prova perante a previdência social, pessoa que não possua a qualidade de segurado obrigatório;

II – na Carteira de Trabalho e Previdência Social do empregado ou em documento que deva produzir efeito perante a previdência social, declaração falsa ou diversa da que deveria ter sido escrita;

III – em documento contábil ou em qualquer outro documento relacionado com as obrigações da empresa perante a previdência social, declaração falsa ou diversa da que deveria ter constado.

§ 4º Nas mesmas penas incorre quem omite, nos documentos mencionados no § 3º, nome do segurado e seus dados pessoais, a remuneração, a vigência do contrato de trabalho ou de prestação de serviços.

1. INTRODUÇÃO

Antes de analisarmos o delito de *falsificação de documento público*, tipificado no art. 297 do Código Penal, é preciso definir, preliminarmente, o *conceito* de documento, bem como as *funções* que lhe são atribuídas e, ainda, as suas *classes*.

Existem, basicamente, duas teorias que procuram esclarecer o conceito de documento. A primeira delas, denominada *estrita* ou *formalista*, adotada, em 1947, pela Conferência Internacional para a Unificação do Direito Penal, em Bruxelas, definindo especificamente a falsidade documental, afirma ser esta a "alteração da verdade levada a efeito com intenção de prejudicar, em um escrito destinado ou apto a servir de prova de um direito ou de um fato com efeitos jurídicos".[1]

Verifica-se, portanto, que, para a teoria estrita, o documento deve consubstanciar-se, geralmente, em um escrito, mas não obrigatoriamente, constante de um papel. Nesse sentido, preleciona Fragoso:

> "Documento é todo escrito devido a um autor determinado, contendo exposição de fatos ou declaração de vontade, dotado de significação ou relevância jurídica. São pois, características do conceito exposto: 1. a forma escrita; 2. a existência de autor determinado; 3. o conteúdo ou teor (manifestação de vontade ou exposição de fatos), e 4. a relevância jurídica".[2]

De outro lado, temos a chamada *teoria ampla*, que adota um conceito mais elástico de documento, a exemplo do que ocorre com o art. 26 do Código Penal espanhol, que diz: *Considera-se documento todo suporte material que expresse ou incorpore dados, fatos ou narrações com eficácia probatória ou qualquer outro tipo de relevância jurídica.*

No conceito amplo, documento não é somente o escrito. É, segundo Muñoz Conde, "toda materialização de um dado, fato ou narração ou, dito de forma mais precisa, todo objeto que seja capaz de acolher algum dado ou uma declaração de vontade ou pensamento atribuível a uma pessoa e destinado a ingressar no tráfego jurídico".[3]

A nossa lei penal não se preocupou em esclarecer o conceito de documento, razão pela qual existe controvérsia doutrinária e jurisprudencial a respeito dele. Os adeptos da teoria estrita se valem, muitas vezes, do Código Civil ou mesmo do Código de Processo Penal, com o fim de enfatizar que a característica fundamental do documento reside no fato de ser ele *escrito*, a exemplo do disposto no art. 232 do estatuto processual penal.

Filiando-se à teoria que adota um conceito amplo de documento, Luis Regis Prado preleciona:

1 *Apud* CALDERÓN, Ángel; CHOCLÁN, José Antonio. *Derecho penal* – Parte especial, t. II, p. 468.
2 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal* – Parte especial, v. II, p. 325-326.
3 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal* – Parte especial, p. 699.

> "Sem dúvida que o papel escrito é o principal e mais frequente documento, como quer a doutrina brasileira: entretanto, não é possível negar, também, que da mesma forma como o homem encontrou no papel um repositório para suas manifestações de vontade ou registro de seus fatos e atos, a evolução da ciência e da tecnologia, introduzindo outros meios de perpetuação da memória e do pensamento, vai paulatinamente exigindo a ampliação do conceito de documento, sob pena de se deixar desprotegido o bem jurídico tutelado. Difunde-se o uso de fitas taquigráficas, de películas fotográficas, de discos ou fitas videofonográficos e de outros suportes propiciados pela tecnologia para a condensação do pensamento humano, e a tal realidade não pode ficar infenso o Direito. Desse modo, *v.g.*, como deixar de reconhecer o crime de falsidade documental na hipótese de o agente adulterar um microfilme utilizado como única forma de registro de determinados atos de relevância jurídica por uma repartição pública? Ou se o objeto da falsificação é um disquete de computador onde se armazenam escrituras públicas num órgão que tenha abandonado o uso de arquivos de papel? Nem se diga que haveria ofensa ao princípio da legalidade, ou que seja vedada interpretação extensiva *in mallam partem*, já que a lei, ao referir-se a *documento*, público ou particular, estampa um elemento normativo que demanda valoração jurídica, a cargo do intérprete".[4]

Apesar da força do raciocínio do renomado autor, acreditamos que se for levada a efeito uma interpretação sistêmica dos artigos que compõem o capítulo relativo à falsidade documental, concluiremos, *permissa venia*, que o documento mencionado por todos os tipos penais deverá ser aquele obrigatoriamente *escrito*, não se podendo ampliar o seu conceito.

Em algumas passagens, o próprio Código Penal faz alusão ao fato de ser escrito o documento, a exemplo do delito de *falsidade ideológica*, quando diz:

> **Art. 299.** Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

Contudo, o documento de que cuida a lei penal, para que possua a relevância exigida por esse ramo do ordenamento jurídico, deverá cumprir determinadas

4 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 4, p. 147-148.

funções, sob pena de ser descaracterizado. Dessa forma, para efeito de reconhecimento do documento como tal, ele deverá possuir três qualidades básicas, a saber: a) ser um meio de perpetuação e constatação do seu conteúdo; b) poder, por intermédio dele, ser identificado o seu autor, exercendo uma função denominada de *garantia* de sua autoria; c) servir como instrumento de prova do seu conteúdo.

Quando se aduz a necessidade de perpetuação da informação ou conteúdo constante do documento, não se quer afirmar que o documento deva gozar do *status* de eterno, não perecendo jamais. Na verdade, com essa afirmação, exige-se que o documento seja idôneo no sentido de possibilitar sua conservação por certo período. Assim, como esclarece Muñoz Conde, "não são, portanto, suportes materiais idôneos para converter-se em documentos objetos com escassa capacidade de perpetuação dos dados que a eles se incorporem como a neve ou a areia".[5]

Da mesma forma, não podem ser aceitos como documentos aqueles que forem apresentados anonimamente, sem que se possa imputar a alguém a autoria deles, razão pela qual, se vierem a ser modificados, não se poderá atribuir ao agente o delito de falsidade documental.

Finalmente, o documento passível de falsificação deve ser aquele a que se atribui alguma eficácia probatória ou que possua relevância jurídica.

O Código Penal reconhece, ainda, duas classes de documentos, a saber: a) documentos públicos; b) documentos particulares.

Documento público é aquele confeccionado por servidor público, no exercício de sua função, e de acordo com a legislação que lhe é pertinente. O conceito de documento particular é encontrado por exclusão, ou seja, se o documento não gozar da qualidade de *público*, será reconhecido como *particular*, desde que cumpra as funções expostas.

Esclarecidos, mesmo que sucintamente, os pontos necessários ao estudo do *documento* como integrante dos tipos penais constantes da Parte Especial do Código Penal, analisaremos, a seguir, os elementos que compõem o tipo penal relativo ao delito de *falsificação de documento público*, previsto no art. 297 (*caput* e parágrafos) do diploma repressivo, quais sejam: a) a conduta de falsificar, no todo ou em parte, documento público; b) ou alterar documento público verdadeiro.

O núcleo *falsificar*, utilizado pelo texto legal, dá a ideia de *contrafação*, isto é, a fabricação do documento de natureza pública, pois a alteração, também modalidade de falsificação, vem prevista na parte final do artigo *sub examen*.

A diferença entre os núcleos *falsificar* e *alterar*, utilizados pelo *caput* do art. 297 do Código Penal, é no sentido de que no primeiro caso o documento não existe, sendo criado total ou parcialmente pelo agente; na segunda hipótese, o documento público existe, é verdadeiro, mas o agente o modifica, alterando o seu conteúdo.

5 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal* – Parte especial, p. 700.

Importante frisar que se a falsidade ocorrer mediante supressão de parte do documento público, alterando-se o documento verdadeiro, o fato se amoldará ao delito tipificado no art. 305 do Código Penal, que cuidou especificamente do tema. Dessa forma, a alteração poderá ocorrer em forma de inserção de dados falsos, com a modificação do conteúdo do documento.

Merece destaque, ainda, a diferença existente entre os documentos *formal* e *substancialmente públicos*, ou seja, aqueles, segundo Hungria,

> "cujo conteúdo tem natureza e relevância de direito público, como sejam os decorrentes de atos legislativos, administrativos ou judiciais e os que, em geral, o funcionário redige e expede em representação ou no interesse da administração pública; e os documentos *formalmente públicos e substancialmente privados*, como, por exemplo, as declarações de vontade recebidas de particulares e redigidas por funcionários públicos (tabeliães, oficiais públicos, corretores, cônsules etc.) ou quem quer que esteja legalmente autorizado (no exercício acidental de função pública) a imprimir-lhes autenticidade ou *fé pública* (exemplo: capitão de navio, em certas circunstâncias)".[6]

Embora haja diferença entre as duas espécies do gênero documento público, ambas estão abrangidas pelo artigo em estudo, não importando se o seu conteúdo possui natureza pública, ou que expresse um interesse privado, por exemplo, bastando que tenha sido confeccionado por um funcionário público, no exercício de sua função, em cumprimento de determinação legal.

O § 2º do art. 297 do Código Penal prevê um documento público por equiparação dizendo, *verbis*:

> § 2º Para os efeitos penais, equiparam-se a documento público o emanado de entidade paraestatal, o título ao portador ou transmissível por endosso, as ações de sociedade comercial, os livros mercantis e o testamento particular.

Se o próprio Código Penal, por meio do § 1º do seu art. 327, com a nova redação que lhe foi conferida pela Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000, equipara a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, não poderia deixar de considerar como públicos os documentos por ele expedidos, sendo passíveis, portanto, de falsificação. Embora exista controvérsia doutrinária sobre a expressão *entidade paraestatal*, estamos com José dos Santos Carvalho Filho quando preleciona que a expressão "deveria abranger toda a pessoa jurídica que tivesse vínculo institucional com a pessoa federativa, de forma a

6 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 261.

receber desta os mecanismos estatais de controle. Estariam, pois, enquadradas como *entidades paraestatais* as pessoas da administração indireta e os serviços sociais autônomos".[7] Assim, de acordo com o art. 4º, II, do Decreto-Lei nº 200/67, a Administração Indireta compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas de personalidade jurídica própria: I – autarquias; II – empresas públicas; III – sociedades de economia mista; e IV – fundações.

Títulos ao portador ou transmissíveis por endosso, a exemplo dos cheques, notas promissórias, duplicatas etc., as *ações de sociedade comercial*, em virtude da possibilidade de sua transferência a terceiros, como acontece, por exemplo, com as ações da sociedade anônima, os *livros mercantis*, bem como o *testamento particular* ou *hológrafo*, previsto pelos arts. 1.876 a 1.880 do Código Civil, em razão da sua relevância e necessidade de confiabilidade, também foram equiparados ao documento público.

Vale ressaltar, ainda, que a *falsificação grosseira*, de acordo com a posição majoritária de nossa doutrina, afasta a configuração do delito de *falsidade de documento público*, tendo em vista a sua incapacidade para iludir um número indeterminado de pessoas. No entanto, o agente poderá, por exemplo, ser responsabilizado penalmente pelo delito de estelionato, mesmo que para a obtenção da vantagem ilícita tenha se valido de um documento grosseiramente falsificado.

A Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2.000, acrescentou os §§ 3º e 4º ao art. 297 do Código Penal, que dizem:

> § 3º Nas mesmas penas incorre quem insere ou faz inserir:
>
> I – na folha de pagamento ou em documento de informações que seja destinado a fazer prova perante a previdência social, pessoa que não possua a qualidade de segurado obrigatório;
>
> II – na Carteira de Trabalho e Previdência Social do empregado ou em documento que deva produzir efeito perante a previdência social, declaração falsa ou diversa da que deveria ter sido escrita;
>
> III – em documento contábil ou em qualquer outro documento relacionado com as obrigações da empresa perante a previdência social, declaração falsa ou diversa da que deveria ter constado;
>
> § 4º Nas mesmas penas incorre quem omite, nos documentos mencionados no § 3º, nome do segurado e seus dados pessoais, a remuneração, a vigência do contrato de trabalho ou de prestação de serviços.

7 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, p. 273.

Pela inserção dos mencionados parágrafos, percebe-se a preocupação do legislador com a Previdência Social, que deverá, conforme o art. 201 da Constituição Federal, atender, nos termos da lei, a: I – cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada; II – proteção à maternidade, especialmente à gestante; III – proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário; IV – salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda; V – pensão por morte do segurado, homem ou mulher, ao cônjuge ou companheiro e dependentes, observado o disposto no § 2º do mencionado art. 201.

Entendemos não ter agido corretamente o legislador ao acrescentar os §§ 3º e 4º ao art. 297 do Código Penal. Isso porque, antes da mencionada alteração, o delito de *falsificação de documento público* somente previa falsidade de natureza *material*. Agora, com os novos parágrafos, o tipo penal foi transformado em uma figura híbrida, pois prevê, em seus parágrafos, falsidade *ideológica*. Cezar Roberto Bitencourt, criticando a inovação legal, com precisão, aduz:

> "Chega a ser constrangedora a equivocada inclusão no art. 297 (que trata de falsidade material) de condutas que identificam *falsidade ideológica*, quando deveriam ter sido introduzidas no art. 299, com a cominação de pena que lhes parecesse adequada. A *falsidade material*, com efeito, altera o aspecto formal do documento, construindo um novo ou alterando o verdadeiro; a *falsidade ideológica*, por sua vez, *altera* o conteúdo do documento, total ou parcialmente, mantendo inalterado seu aspecto formal".[8]

Em complemento às lições do renomado autor gaúcho, podemos dizer que na falsidade ideológica, como a própria denominação sugere, a *ideia* constante do documento é falsa, sendo este, no entanto, formalmente verdadeiro. Já na falsidade material, a exemplo do que ocorre com o art. 297, o próprio documento é que é forjado, total ou parcialmente, pelo agente.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor) e omissivo próprio (§ 4º do art. 297); de forma livre (*caput*) e de forma vinculada (§§ 3º e 4º); instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

8 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 4, p. 322.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *falsificação de documento público*, haja vista que o tipo constante do art. 297, *caput* e §§ 3º e 4º do Código Penal não exige nenhuma qualidade ou condição especial. Caso o sujeito ativo seja funcionário público, se tiver praticado a infração penal prevalecendo-se do cargo, a pena será aumentada de sexta parte.

O sujeito passivo é o Estado, bem como aquelas pessoas que foram diretamente prejudicadas com a falsificação do documento público.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A fé pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *falsificação de documento público*.

O objeto material é o documento público falsificado, no todo ou em parte, ou o documento público verdadeiro que fora alterado pelo agente.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando o agente pratica qualquer dos comportamentos previstos no tipo penal, não importando a sua posterior utilização para efeitos de reconhecimento do *summatum opus*.

Tratando-se de delito plurissubsistente, torna-se possível o reconhecimento da tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *falsificação de documento público*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

O agente deverá ter conhecimento de todos os elementos constantes do tipo penal em estudo, pois, caso contrário, poderá ser arguido o erro de tipo, afastando-se o dolo e, consequentemente, a própria infração penal.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Todos os verbos constantes do *caput*, bem como do § 3º do art. 297 do Código Penal, pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, com relação a essas figuras típicas, ser o delito cometido via omissão imprópria na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para evitar a prática de qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo penal em estudo.

A Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2.000, ao acrescentar o § 4º ao art. 297 do Código Penal, criou uma modalidade omissiva própria, dizendo: *Nas mesmas*

penas incorre quem omite, nos documentos mencionados no § 3º, nome do segurado e seus dados pessoais, a remuneração, a vigência do contrato de trabalho ou de prestação de serviços.

8. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA

Determina o § 1º do art. 297 do Código Penal que *se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, aumenta-se a pena de sexta parte.*

Analisando a majorante em estudo, verifica-se que não basta que o fato seja levado a efeito por funcionário público. De acordo com a redação legal, somente haverá aumento de um sexto no terceiro momento do critério trifásico de aplicação da pena, previsto pelo art. 68 do Código Penal, quando, além da qualidade de funcionário público, o agente tiver praticado o delito prevalecendo-se do seu *cargo*. Exige-se, portanto, a conjugação da qualidade de *funcionário público*, com a facilidade que lhe proporciona o *cargo* por ele ocupado, pois, caso contrário, não poderá ocorrer a incidência da causa especial de aumento de pena.

9. PENA E AÇÃO PENAL

A pena cominada ao delito de *falsificação de documento público* (*caput* e §§ 3º e 4º do art. 297 do Código Penal) é de reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Se o agente é funcionário público e comete o crime prevalecendo-se do cargo, aumenta-se a pena de sexta parte.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

10. DESTAQUES

10.1. Uso de documento público falso

Caso o agente que falsificou o documento venha, efetivamente, fazer uso dele, poderíamos, *in casu*, cogitar de concurso entre os crimes de *falsificação de documento público* e *uso de documento falso?* Entendemos que não, pois nessa hipótese devemos aplicar a regra relativa ao antefato impunível, ou seja, o crime-meio (falsificação do documento público), deverá ser absorvido pelo crime-fim (uso de documento público falso).

10.2. Falsificação de documento público e estelionato

No que diz respeito à falsificação de documento público utilizada, efetivamente, na prática do crime de estelionato, existem, basicamente, cinco posições que disputam o tratamento sobre o tema.

A primeira delas entende pelo *concurso material* de crimes, devendo o agente responder, nos termos do art. 69 do Código Penal, por ambas as infrações penais.

A segunda posição preconiza que, se a falsidade é um meio utilizado na prática do estelionato, deverá ser reconhecido o concurso formal de crimes,[9] aplicando-se, nos termos do art. 70 do Código Penal, a mais grave das penas cabíveis, aumentada de um sexto até metade.

Considerando o fato de que o delito de falsificação de documento público possui pena superior à do crime de estelionato, sendo, portanto, mais grave, a terceira posição tem entendido pela absorção deste último por aquele.

Aplicando o raciocínio relativo ao *ante factum* impunível, a quarta posição entende que o delito-fim (estelionato) deverá absorver o delito-meio (*falsificação de documento público*).

A última posição poderia ser entendida como uma vertente da anterior. O Superior Tribunal de Justiça, por intermédio da Súmula nº 17, expressou o seu posicionamento no seguinte sentido: ***Súmula nº 17.*** *Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.* Assim, para essa última corrente, somente não haveria concurso de crimes quando o falso não possuísse mais potencialidade lesiva, pois, caso contrário, a regra seria a do concurso, havendo discussão, ainda, se formal ou material.

Estamos com a posição do STJ, expressa pela Súmula nº 17. Isso porque se o documento público falsificado pelo agente ainda puder ser utilizado na prática de outras infrações penais, forçoso é reconhecer a independência das infrações penais. Assim, imagine-se a hipótese em que o agente tenha falsificado um documento de identidade para, com ele, abrir diversos crediários em lojas de eletrodomésticos, a fim de praticar o delito de estelionato, pois receberá as mercadorias sem efetuar um único pagamento. O documento de identidade falsificado, como se percebe, poderá ser utilizado em inúmeras infrações penais, razão pela qual, nesse caso, somos pelo concurso material de crimes, haja vista não se poder visualizar, na espécie, conduta única, mas, sim, pluralidade de comportamentos.

10.3. Fotocópias não autenticadas

Tem-se entendido que as fotocópias não autenticadas não gozam do *status* exigido pelo conceito de documento público, não se configurando, assim, a infração penal tipificada no art. 297 do estatuto repressivo, caso sejam falsificadas ou alteradas.

9 Conforme decisão proferida pelo STF, no *RHC* 83990/MG, Relator Min. Eros Grau, 1ª Turma, publicada no *DJ* em 22/10/2004.

10.4. Falsificação de documento público para fins eleitorais

O Código Eleitoral prevê uma modalidade especial de falsificação de documento público, dizendo, em seu art. 348, *verbis*:

> **Art. 348.** Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro, para fins eleitorais:
>
> Pena – reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos e pagamento de 15 (quinze) a 30 (trinta) dias-multa.
>
> § 1º Se o agente é funcionário público e comete o crime prevalecendo-se do cargo, a pena é agravada.
>
> § 2º Para efeitos penais, equipara-se a documento público o emanado de entidade paraestatal inclusive Fundação do Estado.

Capítulo 47

Falsificação de Documento Particular

Falsificação de documento particular

Art. 298. Falsificar, no todo ou em parte, documento particular ou alterar documento particular verdadeiro:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *falsificação de documento particular* vem tipificado no art. 298 do Código Penal.

Cuida-se de mais uma infração penal que prevê a falsidade de natureza material. Conforme lições de Sylvio do Amaral,

> "a falsidade material incide sobre a integridade física do papel escrito, procurando deturpar suas características originais através de emendas ou rasuras, que substituem ou acrescentam no texto letras ou algarismos – é a modalidade de falso material consistente na *alteração de documento verdadeiro*. Ou pode consistir na criação, pelo agente, do documento falso, quer pela imitação de um original legítimo (tal como na produção de um diploma falso), quer pelo livre exercício da imaginação do falsário (como na produção de uma carta particular apócrifa) – e o caso será daqueles para os quais o legislador reservou, com sentido específico, o termo *falsificação* (arts. 297 e 298), que, se assim não fora, significaria genericamente todos os modos de falso documental".[1]

De acordo com a redação constante do art. 298 do Código Penal, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de falsificar, no todo ou em parte, documento particular; b) ou alterar documento particular verdadeiro.

1 AMARAL, Sylvio do. *Falsidade documental*, p. 55.

O núcleo *falsificar*, conforme esclarece Sylvio do Amaral, tem o sentido de contrafação, ou seja, criação, total ou parcial, do documento particular.

Conforme esclarecemos quando do estudo do crime de *falsificação de documento público*, o conceito de *documento particular* é encontrado por exclusão. Assim, se o documento não possuir natureza pública, seja ele *formal e substancialmente público*, ou *formalmente público e substancialmente privado*, ou mesmo aqueles considerados públicos por equiparação (§ 2º do art. 297), poderá ser considerado um documento particular.

No entanto, nem todo documento forjado pelo agente, por exemplo, poderá se amoldar ao conceito de documento exigido pelo tipo penal. Assim, aquelas criações que não tenham a menor relevância jurídica devem ser afastadas desse conceito, em virtude da ausência de potencialidade lesiva, pois, conforme adverte Cezar Roberto Bitencourt, "a falsidade em documento particular é de natureza material, não podendo, por conseguinte, ser objeto do crime *documento juridicamente inócuo*, ou seja, alheio à prova de qualquer direito ou obrigação".[2]

A diferença existente entre os delitos tipificados nos arts. 297 e 298 do Código Penal diz respeito, tão somente, ao objeto material, pois, naquele, o documento é público e neste, privado. Assim, tudo o que foi dito com relação ao delito de falsificação de documento público aplica-se à falsificação de documento privado.

No que diz respeito à alteração de documento particular verdadeiro, conforme preconiza Fragoso, esta consiste

> "na mutação do conteúdo do documento, ou seja, na substituição de palavras ou signos. A simples eliminação de parte do conteúdo (juridicamente relevante) constituirá o crime previsto no art. 305 do CP (supressão de documento)".[3]

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *falsificação de documento particular*, haja vista que o tipo do art. 298 do Código Penal não exige nenhuma qualidade ou condição especial.

O sujeito passivo é o Estado, bem como aquelas pessoas que foram diretamente prejudicadas com a falsificação ou a alteração do documento particular.

2 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 4, p. 327.

3 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal* – Parte especial, v. II, p. 337.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A fé pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *falsificação de documento particular*.

O objeto material é o documento particular falsificado, no todo ou em parte, ou o documento particular verdadeiro que foi alterado pelo agente.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, falsifica o documento particular, no todo ou em parte, ou quando altera documento particular verdadeiro.

Tratando-se de crime plurissubsistente, torna-se possível o raciocínio correspondente à tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *falsificação de documento particular*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

O agente deverá ter conhecimento de todos os elementos constantes do tipo penal em estudo, pois, caso contrário, poderá ser arguido o erro de tipo, afastando-se o dolo e, consequentemente, a própria infração penal.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos *falsificar* e *alterar* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, nada fizer para evitar a prática da infração penal, devendo, portanto, ser responsabilizado nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. PENA, AÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *falsificação de documento particular* é de reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

9. DESTAQUES

9.1. Uso de documento particular falso

Se o próprio autor da falsificação do documento particular dele fizer uso, não se cogitará de concurso de crimes, devendo responder, tão somente, pelo uso de documento particular falsificado, nos termos do art. 304 do Código Penal.

9.2. Falsificação de documento particular e estelionato

Aplica-se, aqui, o mesmo raciocínio relativo ao delito de falsificação de documento público, para onde remetemos o leitor.

9.3. Falsificação de documento particular para fins eleitorais

O Código Eleitoral prevê uma modalidade especial de falsificação de documento particular, dizendo, em seu art. 349, *verbis*:

> **Art. 349.** Falsificar, no todo ou em parte, documento particular, ou alterar documento particular verdadeiro, para fins eleitorais:
>
> Pena – reclusão até 5 (cinco) anos e pagamento de 3 (três) a 10 (dez) dias-multa.

9.4. Falsificação de documento particular e crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo

De acordo com o inciso III, do art. 1º, da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, *verbis*:

> **Art. 1º** Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:
>
> I – [...];
>
> II – [...];
>
> III – falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;
>
> Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

CAPÍTULO 48

FALSIDADE IDEOLÓGICA

Falsidade ideológica

Art. 299. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, se o documento é particular.

Parágrafo único. Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.

1. INTRODUÇÃO

Ao contrário do que ocorre com os delitos tipificados nos arts. 297 e 298 do Código Penal, que preveem uma falsidade de natureza material, a falsidade constante do art. 299 do mesmo diploma legal é de cunho ideológico. Isso significa que o documento, em si, é perfeito; a ideia, no entanto, nele lançada é que é falsa, razão pela qual o delito de falsidade ideológica também é reconhecido doutrinariamente pelas expressões *falso ideal, falso intelectual e falso moral.*

Hungria, com precisão, distingue a falsidade material da falsidade ideológica dizendo:

> "Fala-se em *falsidade ideológica* (ou *intelectual*), que é modalidade do *falsum* documental, quando à genuinidade formal do documento não corresponde a sua veracidade intrínseca. O documento é genuíno ou materialmente verdadeiro (isto é, emana realmente da pessoa que nele figura

como seu autor ou signatário), mas o seu conteúdo intelectual não exprime a verdade. Enquanto a falsidade material afeta à *autenticidade* ou *inalterabilidade* do documento na sua forma extrínseca e conteúdo intrínseco, a falsidade ideológica afeta-o tão somente na sua *ideação*, no pensamento que as suas letras encerram".[1]

Analisando os elementos que integram a figura típica correspondente ao delito de *falsidade ideológica*, podemos apontar os seguintes: a) a conduta de *omitir*, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar; b) ou nele *inserir* ou *fazer inserir* declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita; c) com a finalidade de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

Na primeira parte do tipo penal constante do art. 299 encontra-se previsto um delito omissivo próprio. O agente, portanto, permite que o documento, público ou privado, seja ideologicamente falso, pois não fornece a necessária declaração que nele devia constar. Assim, imagine-se a hipótese em que um herdeiro, encarregado de providenciar a certidão de óbito do *de cujus*, não informe ao cartório competente a existência de um testamento, deixando de consignar tal fato no campo relativo às observações, almejando, com isso, abrir o inventário e repartir os bens deixados pelo falecido, prejudicando aquele beneficiado com o testamento.

Também pratica o delito de *falsidade ideológica* aquele que insere ou faz inserir, em documento público ou particular, declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita. Assim, imagine-se a hipótese daquele que, almejando ocupar um cargo que exija determinada escolaridade, preencha os documentos necessários à sua contratação, declarando, falsamente, reunir as condições exigidas, ou aquele que, em processo de habilitação para casamento, declare-se solteiro, sendo casado.

Para que ocorra a infração penal em estudo, exige o art. 299 que a falsidade ideológica tenha a finalidade de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. Atua, portanto, segundo a doutrina dominante, com um *especial fim de agir*. Assim, conforme esclarece Mirabete,

> "é indispensável o prejuízo potencial ou real, a direito, obrigação ou a fato juridicamente relevante [...]. Por essa razão, absolveu-se acusada que, por vaidade feminina, promoveu novo registro de nascimento, para parecer mais jovem do que o namorado com quem ia casar-se (*RT* 447/367). Dispensa o crime *falsi*, porém, para sua configuração, a efetiva ocorrência do prejuízo, bastando a potencialidade do dano".[2]

1 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 272.
2 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*, v. 3, p. 251.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo e omissivo próprio (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *falsidade ideológica*, haja vista que o tipo do art. 299 do Código Penal não exige nenhuma qualidade ou condição especial.

O sujeito passivo é o Estado, bem como aquelas pessoas que foram diretamente prejudicadas com a prática do delito.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A fé pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *falsidade ideológica*.

O objeto material é o documento, público ou particular, no qual o agente omitiu declaração que nele devia constar, ou nele inseriu ou fez inserir declaração falsa ou diversa daquela que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito de falsidade ideológica se consuma, por meio da primeira modalidade, quando da confecção do documento, público ou particular, sem a declaração que dele devia constar, em virtude da omissão dolosa do agente.

Na segunda modalidade de falsidade ideológica, ocorre a consumação quando o agente, efetivamente, insere ou faz inserir, em documento público ou particular, declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita.

Em ambas as situações, o agente deverá atuar com a finalidade de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *falsidade ideológica*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Aquele que, por erro, supondo verdadeira uma declaração, quando na verdade é falsa, a faz inserir em documento, público ou privado, não responde pelo delito em estudo, sem falar no fato de que deverá, sempre, agir com a finalidade especial de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo *omitir* induz a uma conduta negativa por parte do agente, cuidando-se, nesse caso, de um crime omissivo próprio.

Ao contrário, os núcleos *inserir* e *fazer inserir* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente.

8. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA

Determina o parágrafo único do art. 299 do Código Penal, *verbis*:

> **Parágrafo único.** Se o agente é funcionário público, e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.

Na primeira hipótese, aumenta-se o juízo de reprovabilidade sobre o comportamento daquele que tinha, por dever funcional, de expressar somente a verdade, seja inserindo ou fazendo inserir declarações, ou mesmo não omitindo aquelas que deviam constar, em documento público.

Da mesma forma, se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, ou seja, quando disser respeito às hipóteses elencadas pela Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, a exemplo do nascimento, óbito, casamento, emancipações etc., a pena será aumentada de sexta parte.

9. PENA, AÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *falsidade ideológica* é de reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, se o documento é público; e reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, se o documento é particular.

Se o agente é funcionário público e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, aumenta-se a pena de sexta parte.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, desde que não ocorra a incidência do parágrafo único do art. 299 do Código Penal.

10. DESTAQUES

10.1. Folha em branco e abuso no seu preenchimento

São várias as hipóteses em que um documento assinado pode ter sido entregue em branco a outra pessoa, ou mesmo tenha chegado às suas mãos ilegitimamente. Fragoso, resumindo as hipóteses mais comuns, preleciona:

> "1. Se a folha, total ou parcialmente em branco, estiver na posse legítima do agente, para que ele a preencha de acordo com entendimento havido com o signatário, seu preenchimento abusivo será *falsidade ideológica*. Neste caso, o agente insere ou faz inserir declaração 'diversa da que deveria ser escrita'.
>
> 2. Se o papel foi confiado ao agente para guarda ou depósito, ou se ele vem a obtê-lo por meio ilegítimo (furto, roubo, apropriação indébita, extorsão etc.), o seu preenchimento constituirá *falsidade material*. Tal hipótese em nada difere da contrafação documental. A contrafação será total (formação do documento falso), se o papel contiver apenas a assinatura, e será parcial, se o agente preencher apenas alguns claros existentes.
>
> 3. Haverá *falsidade material* se, na hipótese acima figurada (nº 1), houver sido revogado o mandado *ad scribendum*, ou tiver cessado a obrigação ou faculdade de preencher o papel.
>
> 4. Se o agente recebeu o documento do signatário para preenchê-lo falsamente [..], e vem a preenchê-lo *secundum veritatem*, não há certamente crime de falsidade, material ou ideológica. Neste caso, como bem observa Mirto, o agente não cometeu abuso mas evitou que um abuso fosse praticado".[3]

10.2. Uso do documento ideologicamente falsificado

Se o agente, autor da falsificação, fizer uso do documento ideologicamente falsificado, haverá concurso de crimes? Entendemos que não, devendo o agente responder tão somente pelo crime-fim (uso de documento falso), tipificado no art. 304 do Código Penal.

3 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal* – Parte especial, v. II, p. 351-352.

10.3. Falsidade ideológica de circunstância incompatível com a realidade

Tal como ocorre na falsidade material praticada grosseiramente, que deixa de configurar crime em virtude da ausência de potencialidade de dano, quando a falsidade ideológica for incompatível com a realidade dos fatos, conhecida por todos, sendo, portanto, inverossímil, restará afastado o delito previsto pelo art. 299 do Código Penal.

Conforme esclarece Mirabete,

> "uma declaração mentirosa, porém inábil para prejudicar, visando criar obrigações ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, é inócua, não cria para a sociedade aquele *quid* de perigo necessário e exigível para justificar uma punição. Há necessidade, portanto, de que o falso tenha um mínimo de idoneidade para enganar".[4]

10.4. Declaração de nascimento inexistente

Embora a declaração de nascimento inexistente seja também ideologicamente falsa, existe previsão específica para esse comportamento, conforme se verifica na redação do art. 241 do Código Penal, que diz:

> **Art. 241.** Promover no registro civil a inscrição de nascimento inexistente:
>
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

10.5. Parto alheio como próprio

Da mesma forma, aquela que dá parto alheio como próprio, fazendo com que conste, erroneamente, a maternidade diversa da verdadeira no registro de nascimento, pratica um falso ideal.

No entanto, também entendeu por bem o legislador criar um tipo penal específico, conforme se verifica no art. 242 do Código Penal:

> **Art. 242.** Dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil:
>
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

4 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*, v. 3, p. 250.

10.6. Falsidade ideológica e sonegação fiscal

A Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, em vários tipos penais, fez previsão para a prática do delito de falso, a exemplo do disposto no inciso I do seu art. 1º, que diz:

> **Art. 1º.** Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:
>
> I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias.

Nesse caso, em virtude do raciocínio relativo ao princípio da especialidade, deverá o agente responder, tão somente, pelo crime contra a ordem tributária, afastando-se, outrossim, a infração penal prevista pelo art. 299 do Código Penal.

10.7. Falsidade ideológica e estelionato

Aplica-se, aqui, o mesmo raciocínio relativo aos delitos de falsidade material, discutidos quando do estudo do crime de falsidade de documento público, para onde remetemos o leitor.

10.8. Declaração falsa para efeitos de instrução de pedido de remição

O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. A contagem de tempo será feita à razão de 1 (um) dia de pena a cada 12 (doze) horas de frequência escolar (atividade de ensino fundamental, médio, inclusive profissionalizante, ou superior, ou ainda de requalificação profissional) divididas, no mínimo, em 3 (três) dias; 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.

O condenado que cumpre pena em regime aberto ou semiaberto e o que usufrui liberdade condicional poderão remir, pela frequência a curso de ensino regular ou de educação profissional, parte do tempo de execução da pena ou do período de prova.

O tempo a remir em função das horas de estudo será acrescido de 1/3 (um terço) no caso de conclusão do ensino fundamental, médio ou superior durante o cumprimento da pena, desde que certificada pelo órgão competente do sistema de educação.

Dessa forma, para efeitos de remição, deverão ser comprovados, nos autos, os dias efetivamente trabalhados ou as horas de estudo, de forma a retratar a verdade, pois, caso contrário, o autor da declaração ou atestado falso responderá pelo delito de falsidade ideológica, conforme determina expressamente o art. 130 da Lei de Execução Penal, que diz:

> **Art. 130.** Constitui o crime do art. 299 do Código Penal declarar ou atestar falsamente prestação de serviço para fim de instruir pedido de remição.

10.9. Falsidade ideológica para fins eleitorais

O art. 350 da Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965, prevê uma modalidade especial de falsidade ideológica, dizendo, *verbis*:

> **Art. 350.** Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, para fins eleitorais:
>
> Pena – reclusão até 5 (cinco) anos e pagamento de 5 (cinco) a 15 (quinze) dias-multa, se o documento é público, e reclusão até 3 (três) anos e pagamento de 3 (três) a 10 (dez) dias-multa se o documento é particular.
>
> **Parágrafo único.** Se o agente da falsidade documental é funcionário público e comete o crime prevalecendo-se do cargo, ou se a falsificação ou alteração é de assentamento de registro civil, a pena é agravada.

10.10. Falsidade ideológica e crimes contra o sistema financeiro

Se a falsidade ideológica disser respeito ao sistema financeiro, será aplicado o art. 9º da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, que diz:

> **Art. 9º** Fraudar a fiscalização ou o investidor, inserindo ou fazendo inserir, em documento comprobatório de investimento em títulos ou valores mobiliários, declaração falsa ou diversa da que dele deveria constar:
>
> Pena – Reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

10.11. Falsidade ideológica e crimes ambientais

Configura-se em falsidade ideológica, de acordo com o art. 66 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998:

> **Art. 66.** Fazer o funcionário público afirmação falsa ou enganosa, omitir a verdade, sonegar informações ou dados técnico-científicos em procedimentos de autorização ou de licenciamento ambiental:
>
> Pena – reclusão, de um a três anos, e multa.

Capítulo 49

Falso Reconhecimento de Firma ou Letra

> **Falso reconhecimento de firma ou letra**
>
> **Art. 300.** Reconhecer, como verdadeira, no exercício de função pública, firma ou letra que o não seja:
>
> Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, se o documento é público; e de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, se o documento é particular.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *falso reconhecimento de firma ou letra* está previsto no art. 300 do Código Penal. De acordo com a redação típica, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de reconhecer, como verdadeira; b) no exercício de função pública; c) firma ou letra que o não seja.

O núcleo *reconhecer* deve ser entendido no sentido de atestar, declarar, afirmar, proclamar como verdadeira.

Esse reconhecimento deve ser levado a efeito por funcionário que esteja no *exercício de função pública*. Dessa forma se o agente, embora funcionário público, estiver afastado, por algum motivo, de suas funções públicas, ou não possuir atribuições para o ato, não ocorrerá o delito em estudo, podendo, se for o caso, ser aplicado o art. 299 do Código Penal, que prevê o delito de falsidade ideológica, embora as penas sejam idênticas.

O reconhecimento levado a efeito pelo agente tem como objeto material *firma* ou *letra* que não seja verdadeira, isto é, o agente reconhece como verdadeira uma firma (assinatura, seja por extenso ou mesmo abreviada, de alguém) ou letra (sinal gráfico elementar com que se representa o vocábulo da língua escrita) falsa, atingindo, com o seu comportamento a fé pública.

Esse reconhecimento pode se dar de várias maneiras, conforme esclarece Sylvio do Amaral:

"Reconhecimento *autêntico* (ou por certeza) é o que o tabelião faz 'vendo escrever a própria pessoa, como tal por ele reconhecida, ou conhecida na ocasião'. Diz-se o reconhecimento *semiautêntico* 'se lançada longe das vistas do tabelião a assinatura, perante ele afirma o respectivo autor a sua veracidade'. O chamado reconhecimento por *semelhança* é, como se sabe, representado pela grande maioria dos casos concretos: é aquele que 'resulta da comparação feita pelo tabelião da letra ou firma, que lhe apresentam para ser reconhecida, com a de que tem lembrança ou consta de papéis ou livros do Cartório'. Finalmente, é *indireto* o reconhecimento 'quando duas pessoas, conhecidas do tabelião, declaram por escrito que a letra ou firma são, na realidade, de determinada pessoa".[1]

Não importa a modalidade de reconhecimento de firma ou letra para efeitos do delito em estudo, bastando que o funcionário, no exercício de suas funções, ateste a sua veracidade, tendo conhecimento de sua falsidade.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime próprio com relação ao sujeito ativo e comum quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma vinculada; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Somente o funcionário, no exercício de função pública, poderá ser *sujeito ativo* do delito de *falso reconhecimento de firma ou letra,* tratando-se, pois, sob esse aspecto, de crime próprio.

O sujeito passivo é o Estado, bem como aquelas pessoas que, de alguma forma, foram prejudicadas com o comportamento praticado pelo sujeito ativo.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A fé pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *falso reconhecimento de firma ou letra.*

O objeto material é a firma ou letra reconhecida falsamente pelo agente.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, mesmo tendo conhecimento de que a firma ou letra aposta em um documento não condiz com a verdade, ainda assim a reconhece como verdadeira.

1 AMARAL, Sylvio do. *Falsidade documental*, p. 129-130.

Tratando-se de crime plurissubsistente, torna-se possível o raciocínio correspondente à tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O delito de *falso reconhecimento de firma ou letra* somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Assim, o funcionário que, por descuido, negligentemente, vier a reconhecer como verdadeira firma ou letra falsa, não poderá ser responsabilizado pelo delito em estudo.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo *reconhecer* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, nada fizer para evitar a prática da infração penal, devendo, portanto, ser responsabilizado nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. PENA, AÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *falso reconhecimento de firma ou letra* é de reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, se o documento é particular.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

9. DESTAQUE

9.1. Falso reconhecimento de firma ou letra com fins eleitorais

O art. 352 do Código Eleitoral prevê uma modalidade especial de falso reconhecimento de firma ou letra dizendo:

> **Art. 352.** Reconhecer, como verdadeira, no exercício da função pública, firma ou letra que o não seja, para fins eleitorais:
>
> Pena – reclusão até 5 (cinco) anos e pagamento de 5 (cinco) a 15 (quinze) dias-multa se o documento é público, e reclusão até 3 (três) anos e pagamento de 3 (três) a 10 (dez) dias-multa se o documento é particular.

Capítulo 50

Certidão ou Atestado Ideologicamente Falso – Falsidade Material de Atestado ou Certidão

Certidão ou atestado ideologicamente falso

Art. 301. Atestar ou certificar falsamente, em razão de função pública, fato ou circunstância que habilite alguém a obter cargo público, isenção de ônus ou de serviço de caráter público, ou qualquer outra vantagem:

Pena – detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano.

Falsidade material de atestado ou certidão

§ 1º Falsificar, no todo ou em parte, atestado ou certidão, ou alterar o teor de certidão ou de atestado verdadeiro, para prova de fato ou circunstância que habilite alguém a obter cargo público, isenção de ônus ou de serviço de caráter público, ou qualquer outra vantagem:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

§ 2º Se o crime é praticado com o fim de lucro, aplica-se, além da pena privativa de liberdade, a de multa.

1. INTRODUÇÃO

O *caput* do art. 301 do Código Penal prevê o delito de certidão ou atestado ideologicamente falso, sendo que o seu § 1º prevê, como modalidade qualificada, a falsidade material de atestado ou certidão, mantendo, assim, as valorações anteriores constantes dos arts. 297 e 299 do mesmo estatuto repressivo, punindo mais severamente a falsidade material do que a falsidade ideológica.

De acordo com a redação constante do *caput* do art. 301 do Código Penal, podemos destacar os seguintes elementos: a) a conduta de atestar ou certificar falsamente; b) em razão de função pública; c) fato ou circunstância que habilite

alguém a obter cargo público, isenção de ônus ou de serviço de caráter público, ou qualquer outra vantagem.

Inicialmente, faz-se necessário levar a efeito a distinção entre as condutas de *atestar* e *certificar* e, consequentemente, dos resultados desses comportamentos, que darão margem à criação de um *atestado* ou de uma *certidão*.

Sylvio do Amaral, com singularidade, distingue o atestado da certidão, dizendo:

> "Atestado é o documento que contém o testemunho do signatário a respeito de uma fato qualquer (*atestar* provém de *testis*, testemunha). O funcionário público expede atestado a respeito de fatos cujo conhecimento lhe advém de observação direta e pessoal, procedida no exercício de suas atribuições. É a exposição de uma comprovação feita através de exame direto do fato focalizado.
>
> Diverso é o conceito de certidão (ou certificado): é o instrumento pelo qual o funcionário, no exercício de sua função, e fundado em documento guardado pelo Estado, afirma a veracidade do fato comprovado por esse documento, ou, em outra hipótese, transcreve o seu teor, total ou parcialmente".[1]

Assim, para efeitos de compreensão do tema, fazendo a distinção entre *atestar* e *certificar*, poderíamos exemplificar com o fato de que um delegado de polícia pode fornecer um atestado de bom comportamento, com base em conhecimentos pessoais sobre determinado sujeito, ao passo que o escrivão, servindo-se dos dados arquivados no cartório criminal, poderá fornecer uma certidão comprovando a condenação, bem como o trânsito em julgado da decisão.

Ao contrário do que ocorre com o delito de *falso reconhecimento de firma ou letra*, que exige que o funcionário esteja no exercício da função pública, no que diz respeito ao crime de *certidão ou atestado ideologicamente falso*, o art. 301 se contenta com que a conduta de *atestar* ou *certificar* falsamente sobre fato ou circunstância que habilite alguém a obter cargo público, isenção de ônus ou de serviço de caráter público, ou qualquer outra vantagem, seja levada a efeito por funcionário *em razão de função pública*, ou seja, agindo em virtude da facilidade que lhe é proporcionada. Como diz Noronha, "consoante os dizeres do dispositivo, deve a falsidade ser praticada *ratione officii*, isto é, o atestado ou certidão há de ser dado pelo funcionário ao executar o ato de sua função".[2] Assim, não se compreende na disposição do artigo em estudo o comportamento praticado pelo empregador que fornece ao seu ex-empregado um atestado abonando sua conduta, quando, na realidade, foi dispensado por justa causa.

1 AMARAL, Sylvio do. *Falsidade documental*, p. 114.
2 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 180.

Para que ocorra a infração penal em estudo, o atestado ou certidão deverá ser sobre fato ou circunstância que habilite alguém a: a) obter cargo público, como na hipótese daquele que obtém uma certidão negativa de antecedentes penais, quando, na verdade, já havia sido condenado, por diversas vezes, pelo crime de corrupção; b) isentar-se de ônus ou serviço de caráter público, a exemplo daquele que consegue uma certidão que, em tese, comprove justo impedimento para atuação de determinada pessoa como jurado, isentando-a, assim, temporariamente, do serviço no Júri, nos termos do art. 437, X, do Código de Processo Penal, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008; c) ou qualquer outra vantagem, determinando a lei penal, aqui, a realização de uma interpretação analógica, a fim de abranger situações que, embora não previstas expressamente, sejam similares às anteriormente mencionadas, a exemplo daquele que obtém um atestado carcerário de bons antecedentes quando, na realidade, praticou, durante o cumprimento da pena, diversas infrações de natureza administrativa que impediriam a positivação desse atestado.

O § 1º do art. 301 do Código Penal prevê o delito de *falsidade material de atestado ou certidão*. Aqui, ao contrário do que ocorre na situação anterior, o delito poderá ser praticado por qualquer pessoa, tendo em vista que o tipo penal não exige nenhuma qualidade ou condição especial.

As condutas previstas pelo mencionado parágrafo dizem respeito ao fato de o agente *falsificar*, no todo ou em parte, atestado ou certidão, ou *alterar* o teor da certidão ou atestado verdadeiro, para prova de fato ou circunstância que habilite alguém a obter cargo público, isenção de ônus ou de serviço de caráter público ou qualquer outra vantagem.

Na hipótese do § 1º do art. 301 do Código Penal, o agente cria o documento, imitando o verdadeiro – por exemplo, fabrica uma falsa certidão negativa de antecedentes penais ou altera o teor da certidão ou atestado verdadeiro, modificando-lhe o conteúdo. Como diz Hungria, "trata-se da falsidade *material* dos mesmos atestados ou certidões de que cuida o *caput* do art. 301, consistindo na sua forjadura total ou parcial ou, no caso de preexistente atestado ou certidão verdadeiro, de alteração de seus termos".[3]

Tal como ocorre com as hipóteses previstas pelo *caput* do art. 301 do Código Penal, o falso material deverá recair sobre atestado ou certidão que verse sobre fato ou circunstância que habilite alguém a obter cargo público, isenção de ônus ou de serviço de caráter público, ou qualquer outra vantagem.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime próprio com relação ao sujeito ativo, no que diz respeito ao *caput* do art. 301, e comum quanto ao § 1º do mesmo artigo; doloso (não havendo previsão

3 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 294.

para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Com relação ao *caput* do art. 301 do Código Penal, somente o funcionário que pratica o delito em razão de função pública é que pode figurar como *sujeito ativo*; no que diz respeito ao § 1º do art. 301 do Código Penal, qualquer pessoa poderá figurar como *sujeito ativo*, haja vista que o tipo penal apontado não exige qualquer qualidade ou condição especial.

O sujeito passivo é o Estado, bem como aquelas pessoas (físicas ou jurídicas) que, de alguma forma, foram prejudicadas com o comportamento praticado pelo sujeito ativo.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A fé pública é o bem juridicamente protegido pelos tipos penais que preveem os delitos de *certidão ou atestado ideologicamente falso* e *falsidade material de atestado ou certidão*.

O objeto material é o atestado ou a certidão falsificada.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Tal como ocorre com o delito de *falsidade ideológica*, previsto no art. 299 do Código Penal, o crime de *certidão ou atestado ideologicamente falso* consuma-se no instante em que o documento falso é criado, independentemente da sua efetiva utilização, ou seja, mesmo que o agente não o utilize para obter cargo público, isenção de ônus ou de serviço de caráter público, ou qualquer outra vantagem, bastando, portanto, que tenha essa potencialidade lesiva.

Da mesma forma, consuma-se a infração penal constante do § 1º do art. 301 do Código Penal quando o agente falsifica o atestado ou certidão, total ou parcialmente, ou altera o teor de certidão ou de atestado verdadeiro, independentemente da sua efetiva utilização nas hipóteses previstas pelo tipo.

Tratando-se de delitos plurissubsistentes, torna-se possível o raciocínio relativo à tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

Os delitos de *certidão ou atestado ideologicamente falso* e *falsidade material de atestado ou certidão* somente podem ser praticados dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Não exigem os tipos penais em estudo que o agente atue com a finalidade de auxiliar alguém na obtenção de cargo público, na isenção de ônus ou de serviço de caráter público, ou qualquer outra vantagem, bastando que tenha conhecimento de que o atestado ou certidão poderá prestar-se a esse fim.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos *atestar, certificar, falsificar* e *alterar* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, nada fizer para evitar a prática da infração penal, devendo, portanto, ser responsabilizado nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada para o delito de *certidão ou atestado ideologicamente falso*, previsto no *caput* do art. 301 do Código Penal, é de detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano.

Para o delito de *falsidade material de atestado ou certidão*, prevê o § 1º do art. 301 do Código Penal uma pena de detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

Se o crime é praticado com o fim de lucro, aplica-se, além da pena privativa de liberdade, a de multa, nos termos do § 2º do citado art. 301.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento dos delitos previstos no art. 301 e seu § 1º do Código Penal, tendo em vista que as penas máximas cominadas em abstrato não ultrapassam o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Capítulo 51

Falsidade de Atestado Médico

Falsidade de atestado médico

Art. 302. Dar o médico, no exercício de sua profissão, atestado falso:

Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano.

Parágrafo único. Se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também multa.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *falsidade de atestado médico* vem tipificado no art. 302. Cuida-se, *in casu*, de uma modalidade especializada de falsidade ideológica, punida menos severamente. Na verdade, não andou bem o legislador em punir com menos rigor o delito de *falsidade de atestado médico*, uma vez que o seu comportamento é tão ou mais censurável do que aquele previsto pelo art. 299 do Código Penal.

De acordo com a redação típica do delito em estudo, podemos apontar os seguintes elementos que se configuram na infração penal: a) a conduta de *dar* o médico; b) no exercício de sua profissão; c) atestado falso.

O núcleo *dar* é utilizado pelo texto legal no sentido de entregar, fornecer, produzir. Na verdade, é um misto de confecção e entrega, ou seja, o médico elabora o atestado e o entrega ao solicitante.

Para que ocorra a infração penal, o médico deve fornecer um atestado que diga respeito ao exercício de sua profissão, seja ou não especializado em determinado segmento da medicina, sobre o qual foi atestado. Assim, por exemplo, um médico cardiologista, pode fornecer um atestado falso, informando sobre dados que dizem respeito à área de ginecologia ou obstetrícia, a exemplo daquele que atesta uma falsa gravidez. De outro lado, não se pode conceber como atestado médico aquele que é levado a efeito pelo profissional da medicina, no qual atesta, falsamente, sobre a conduta social do sujeito, nada dizendo respeito a diagnóstico sobre a sua saúde.

Hungria ainda esclarece:

> "A falsidade deve versar sobre a existência ou inexistência de alguma enfermidade ou condição higiênica, atual ou pretérita, do indivíduo a que se destina o atestado. O texto legal não faz menção alguma do fim a que terá de servir o falso atestado. Tanto será o crime o fato de o médico atestar mentirosamente a moléstia de um funcionário público, para que este obtenha licença ou aposentadoria, ou a de um sorteado juiz de fato, para isentá-lo do serviço do júri, ou a vacinação de alguém para habilitá-lo à inscrição em concurso, quando o atestar, contra a verdade, a doença de um operário para justificar suas faltas na empresa empregadora, ou a de um *segurado*, para que obtenha indenização da companhia de seguro".[1]

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime próprio no que diz respeito ao sujeito ativo e comum quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma vinculada (haja vista que a própria lei penal determina a forma como o delito deverá ser cometido, embora exista posição em contrário afirmando ser de forma livre);[2] instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Tratando-se de crime próprio, somente o médico poderá ser *sujeito ativo* do delito tipificado no art. 302 do Código Penal.

O sujeito passivo é o Estado, bem como aquelas pessoas (físicas ou jurídicas) que, de alguma forma, foram prejudicadas com o comportamento praticado pelo sujeito ativo.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A fé pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *falsidade de atestado médico*.

O objeto material é o atestado médico falso.

1 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 295.

2 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 960.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Consuma-se o delito com a efetiva entrega do atestado falso pelo médico, independentemente de ser ele utilizado pelo solicitante.

Tratando-se de crime plurissubsistente, torna-se possível o raciocínio correspondente à tentativa, embora essa seja difícil de ocorrer.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *falsidade de atestado médico*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Assim, por exemplo, o médico que, confiando na palavra do sujeito que, almejando conseguir, indevidamente, licença em seu emprego, relata falsos sintomas, atesta, em virtude de ter negligenciado em seu exame clínico, a existência de determinada doença, não responde pelo delito em estudo, pois, para que se verifique a ocorrência da infração penal, o médico deverá saber que a sua declaração – ou seja, o seu atestado – é falsa, isto é, não condiz com a realidade dos fatos.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo *atestar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, nada fizer para evitar a prática da infração penal, devendo, portanto, ser responsabilizado nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *falsidade de atestado médico* é de detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano.

Nos termos do parágrafo único do art. 302 do Código Penal, se o crime é cometido com o fim de lucro, aplica-se também a multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito previsto no art. 302 do Código Penal, tendo em vista que a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

9. DESTAQUE

9.1. Médico que é funcionário público

Caso o médico seja funcionário público, se, porventura, vier a atestar falsamente, incorrerá nas penas cominadas ao art. 301 do Código Penal, afastando-se, outrossim, o tipo penal do art. 302 do diploma repressivo.

CAPÍTULO 52

REPRODUÇÃO OU ADULTERAÇÃO DE SELO OU PEÇA FILATÉLICA

Reprodução ou adulteração de selo ou peça filatélica

Art. 303. Reproduzir ou alterar selo ou peça filatélica que tenha valor para coleção, salvo quando a reprodução ou a alteração está visivelmente anotada na face ou no verso do selo ou peça:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem, para fins de comércio, faz uso do selo ou peça filatélica.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *reprodução ou adulteração de selo ou peça filatélica*, tipificado no art. 303 do Código Penal, foi revogado pelo art. 39 da Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978, que, regulando inteiramente a matéria, modificou parcialmente a redação original, bem como alterou a pena de multa anteriormente cominada, dizendo:

> **Art. 39.** Reproduzir ou alterar selo ou peça filatélica de valor para coleção, salvo quando a reprodução ou alteração estiver visivelmente anotada na face ou no verso do selo ou peça:
>
> Pena – detenção, até 2 (dois) anos, e pagamento de 3 (três) a 10 (dez) dias-multa.
>
> **Parágrafo único.** Incorre nas mesmas penas quem, para fins de comércio, faz uso de selo ou peça filatélica de valor para coleção, ilegalmente reproduzidos ou alterados.

Além das pequenas alterações que foram levadas a efeito pela lei nova, em comparação com o *caput* do art. 303 e seu parágrafo, houve, também, modificação

na sua rubrica ou indicação marginal, passando a *novatio legis* a denominá-lo tão somente de *reprodução e adulteração de peça filatélica,* não fazendo menção ao *selo*. No parágrafo único foi inserida uma rubrica com o título *forma assimilada*.

Faremos, portanto, a análise da infração penal de acordo com sua nova redação legal. Assim, de acordo com a redação típica, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de *reproduzir* ou *alterar;* b) *selo* ou *peça filatélica* que tenha valor para coleção; c) salvo quando a reprodução ou a alteração estiver visivelmente anotada na face ou no verso do selo ou peça.

Reproduzir tem o significado de copiar, imitar fielmente. Alerta Sylvio do Amaral:

> "O verbo *reproduzir* foi propositadamente empregado pelo legislador na definição do crime, em substituição à fórmula usual *falsificar, fabricando*, para abranger algumas das chamadas *peças filatélicas*, que existem apenas sob a forma de impressão em envelope – tais como os carimbos comemorativos e os obliteradores – e que, por isso, melhor se dizem reproduzidos que fabricados".[1]

Alterar deve ser entendido no sentido de modificar, mudar, falsificar.

As condutas devem ter por objeto material selo ou peça filatélica. Selo, de acordo com a definição fornecida pelo art. 47 da Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978, que dispôs sobre os serviços postais, é a estampilha postal, adesiva ou fixa, bem como a estampa produzida por meio de máquina de franquear correspondência, destinadas a comprovar o pagamento da prestação de um serviço postal.

No entanto, o tipo penal exige que o selo tenha valor para coleção, isto é, não seja aquele comercializado com o fim de comprovar o pagamento da prestação de um serviço postal, pois, caso contrário, o delito seria aquele tipificado no art. 293, I, do Código Penal.

Esclarece, ainda, Guilherme de Souza Nucci:

> "*Peça* é o pedaço de um todo ou a parte de uma coleção. Ao mencionar a *filatelia*, está o tipo penal fazendo referência ao hábito de colecionar e estudar selos. Portanto, nesse caso, o objeto do delito é o selo ou qualquer peça (como um cartão ou um bloco comemorativo) destinada a colecionadores. A importância da proteção penal é o crescente aumento do valor do selo ou da peça com o passar do tempo, tornando-se autêntica preciosidade. Aliás, a figura típica contém o adendo indispensável a esse entendimento: 'que tenha valor para coleção'".[2]

1 AMARAL, Sylvio do. Falsidade documental, p. 147.

2 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 961.

Ressalva a lei penal, afastando a tipicidade da reprodução ou alteração, quando estas estiverem visivelmente anotadas na face ou no verso do selo ou peça, demonstrando, assim, que a finalidade do agente não era a de ludibriar as pessoas, evitando fossem induzidas a erro, por acreditarem na veracidade do selo ou da peça filatélica reproduzida ou alterada.

O parágrafo único do art. 39 da Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978, prevê como forma assimilada do delito em estudo, incorrendo, inclusive, nas mesmas penas, aquele que, para fins de comércio, *faz uso* de selo ou peça filatélica de valor para coleção, ilegalmente reproduzidos ou alterados.

Nesse caso, o agente utiliza o selo ou peça filatélica que, sabidamente, foi reproduzido ou alterado para fins de comércio, ou seja, a sua finalidade era comercializar, colocando em circulação, para fins de venda, troca etc. Conforme preleciona Noronha,

> "é a incriminação da posse do selo ou peça filatélica falsificados, com a intenção de comércio. Sem esse fim, aquela posse não constitui crime, como deixa claro o dispositivo. É mister, pois, o escopo de *venda* ou *troca*. Esta, aliás, na filatelia, é bastante usada. Os filatelistas permutam seus selos em duplicata, ampliando e melhorando a coleção".[3]

Se é o próprio falsificador quem faz uso do selo ou peça filatélica reproduzido ou alterado, somente deverá ser responsabilizado por uma única infração penal.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum tanto no que diz respeito ao sujeito ativo, quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *reprodução ou adulteração de selo ou peça filatélica*, não exigindo o tipo penal em estudo nenhuma qualidade ou condição especial.

Sujeito passivo é o Estado, bem como aquelas pessoas (físicas ou jurídicas) que, de alguma forma, foram prejudicadas com o comportamento praticado pelo sujeito ativo.

3 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 154.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A *fé pública* é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *reprodução ou adulteração de selo ou peça filatélica.*

O *objeto material* é o *selo* ou a *peça filatélica* reproduzido ou alterado ilegalmente pelo agente.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma no instante em que o agente reproduz ou altera selo ou peça filatélica de valor para coleção ou quando deles faz uso para fins de comércio, seja levando a efeito sua venda ou troca.

Tratando-se de um crime plurissubsistente, torna-se possível o raciocínio relativo à tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *reprodução ou adulteração de selo ou peça filatélica,* não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos *reproduzir, alterar* e *fazer uso* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, nada fizer para evitar a prática da infração penal, devendo, portanto, ser responsabilizado nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada pelo art. 39 da Lei nº 6.538, de 22 de junho de 1978, que revogou o art. 303 do Código Penal, é de detenção, até 2 (dois) anos, e pagamento de 3 (três) a 10 (dez) dias-multa, lembrando que, a partir do advento da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, foram canceladas, na Parte Especial do Código Penal e nas leis especiais alcançadas pelo art. 12 do Código Penal, quaisquer referências a valores de multas, substituindo-se a expressão *multa de*, por *multa.*

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento dos delitos previstos no art. 39 da Lei nº 6.538/78, tendo em vista que a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois)

anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

9. DESTAQUE

9.1. Guarda de selo falso

Não importa na configuração do delito em exame a simples *guarda* de selo ou peça filatélica que não foi reproduzida ou alterada pelo agente.

Capítulo 53
Uso de Documento Falso

Uso de documento falso

Art. 304. Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302:

Pena – a cominada à falsificação ou à alteração.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *uso de documento falso* encontra-se tipificado no art. 304 do Código Penal. Cuida-se, *in casu*, de norma penal em branco (ou primariamente remetida), haja vista que, para que o artigo em exame possa ser entendido e aplicado, será necessário que o intérprete se dirija aos arts. 297 a 302 do Código Penal, a fim de aferir a tipicidade do comportamento praticado pelo sujeito.

O preceito secundário do art. 304, a seu turno, prevê uma norma reconhecida como incompleta ou imperfeita (ou, ainda, secundariamente remetida), uma vez que o intérprete somente poderá tomar conhecimento da pena a ele cominada após verificar as sanções previstas para os arts. 297 a 302 do Código Penal.

De acordo com a redação constante do art. 304 do Código Penal, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de *fazer uso*; b) de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302.

Fazer uso significa, efetivamente, utilizar, empregar, valer-se.

Objeto material da conduta do agente são os papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302, vale dizer, documento público, documento particular, documento em que conste firma ou letra reconhecida falsamente, certidão ou atestado ideológica ou materialmente falso, atestado médico falso.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa);

comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente (ou unissubsistente, dependendo do modo como o delito for praticado); não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *uso de documento falso*, não exigindo o tipo penal em estudo nenhuma qualidade ou condição especial.

O sujeito passivo é o Estado, bem como aquelas pessoas (físicas ou jurídicas) que, de alguma forma, foram prejudicadas com o comportamento praticado pelo sujeito ativo.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A fé pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *uso de documento falso*.

O objeto material é qualquer dos papéis falsificados ou alterados a que se referem os arts. 297 a 302.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Ocorre a consumação quando o agente, efetivamente, utiliza, ou seja, faz uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados a que se referem os arts. 297 a 302, do Código Penal.

Dependendo da forma como o delito venha a ser praticado, será possível o reconhecimento da tentativa, embora seja difícil sua ocorrência.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *uso de documento falso*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Assim, se o agente, por exemplo, após realizar exames e ser aprovado em todos aqueles necessários para que obtenha habilitação para dirigir veículos automotores, vier a utilizar sua carteira de habilitação, supondo-a verdadeira quando, na realidade, é falsa, uma vez que fora vítima de um golpe praticado por uma quadrilha especializada em venda de carteiras de habilitação falsificadas, não poderá ser responsabilizado pelo delito tipificado pelo art. 304 do Código Penal, tendo em vista ter incorrido no chamado erro de tipo, afastando-se o dolo e, consequentemente, a própria infração penal.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo *fazer uso* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, nada fizer para evitar a prática da infração penal, devendo, portanto, ser responsabilizado nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

Conforme assevera o preceito secundário do art. 304 do Código Penal, ao delito de uso de documento falso é cominada a pena correspondente à falsificação ou à alteração prevista nos arts. 297 a 302 do Código Penal.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Dependendo da pena cominada à modalidade de falsificação ou alteração, poderá ser competente o Juizado Especial Criminal, bem como ser possível a proposta de suspensão condicional do processo.

9. DESTAQUES

9.1. Apresentação do documento pelo agente

Existe controvérsia doutrinária e jurisprudencial no que diz respeito à configuração do delito de *uso de documento falso* quando sua apresentação for exigida pela autoridade.

Assim, imagine-se o exemplo em que, após ser interceptado em uma *blitz* policial, exige-se do agente a apresentação de sua carteira de habilitação. Nessa oportunidade, o agente, volitivamente, entrega ao policial seu documento falsificado. Nesse caso, indaga-se: Teria o agente, em virtude da solicitação que lhe fora feita pelo policial, cometido o delito de uso de documento falso? Em nossa opinião, a resposta só pode ser positiva.

Pouco importa, na verdade, se o agente entregou o documento mediante prévia solicitação, ou se dele fez uso espontaneamente. O fato incontestável é que, efetivamente, valeu-se de um documento que sabidamente era falso. Caso não fosse sua intenção usá-lo, poderia ter dito ao policial que não possuía carteira de habilitação. Como apresentou o documento, utilizando-o como se fosse verdadeiro, deverá, obrigatoriamente, responder pelo delito tipificado no art. 304 do Código Penal.

Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica na ementa abaixo trascrita:

"*H.C.* Uso de documento falso. Exibição após solicitação da autoridade policial. Indiferença. Aplicação do princípio *nemo tenetur se detegere*. Incabimento. Uso de documento falso (C.P, art. 304): não o descaracterizam nem o fato de a exibição de cédula de identidade e de carteira de habilitação terem sido exibidas ao policial por exigência deste e não por iniciativa do agente – pois essa é a forma normal de utilização de tais documentos –, nem a de, com a exibição, pretender-se inculcar falsa identidade, dado o art. 307 C.P, é um tipo subsidiário. (*H.C.* nº 70.179/ SP, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, *in DJ* 24/6/ 94). (*H.C.* 63.516/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, *DJe* 04/8/2008)."

9.2. Documento que é encontrado em poder do agente

Diversa é a situação, segundo nossa posição, quando o documento falso é encontrado em poder do agente, sem que este, efetivamente, o tenha utilizado.

Assim, imagine-se a hipótese em que o agente venha a sofrer uma revista pessoal, por parte de alguns policiais, oportunidade em que retiram do seu bolso a sua carteira de documentos, encontrando, no meio deles, um que havia sido falsificado.

Se, no caso concreto, o agente não foi o autor do crime de falso (material ou ideal), o fato deverá ser considerado atípico, haja vista não existir no tipo penal que prevê o delito em estudo o núcleo *portar*.

Assim, aquele com quem é encontrado o documento falsificado não pratica o delito de uso de documento falso, havendo necessidade, outrossim, que o agente, volitivamente, o utilize, apresentando-o como se fosse verdadeiro.

9.3. Competência para julgamento do delito de uso de passaporte falso

Tratando-se de uso de passaporte falso, o Superior Tribunal de Justiça, por intermédio da Súmula nº 200, pacificou o seu entendimento no que diz respeito ao juízo competente para o julgamento do delito de *uso de documento falso*, dizendo:

> ***Súmula nº 200.*** *O Juízo Federal competente para processar e julgar o acusado de crime de uso de passaporte falso é o do lugar onde o delito se consumou.*

9.4. Falsificação ou alteração do documento e uso pelo próprio agente

Pode ocorrer a hipótese em que o próprio autor do falso (material ou ideal) o tenha usado. Nesse caso, conforme visto, não haverá concurso de crimes,

aplicando-se, aqui, o raciocínio relativo ao antefato impunível, devendo o uso de documento falso (crime-fim) absorver o crime-meio (falsificação de documento).

A posição dos Tribunais Superiores, na verdade, é no sentido inverso, ou seja, entendem que o uso do documento falso deve ser considerado um *post factum* impunível, conforme se verifica na ementa abaixo colacionada:

> "Falsidade ideológica. Documento público. Uso pelo próprio falsificador. Concurso de crimes. Inexistência.
>
> – Pacífico o entendimento de que o falsário não responde, em concurso, pelo crime de falso e uso do documento falsificado.
>
> – O usuário é punível, apenas, nesse caso, pelo crime de falsidade, considerado como fato posterior não punível o uso" (STJ, REsp. 166888/SC, Recurso Especial 1998/ 0017248-3, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, publicado no *DJ* em 16/11/1998, p. 111).

Em sentido contrário, decidiu o próprio Superior Tribunal de Justiça, em julgado recente, tendo como Relator o Min. Gilson Dipp:

> "O princípio da consunção pressupõe a existência de um nexo de dependência das condutas ilícitas, para que se verifique a possibilidade de absorção daquela menos grave pela mais danosa. Evidenciado, na hipótese, que os crimes de roubo qualificado, sequestro ou cárcere privado, falsidade ideológica e uso de documento falso, se afiguram absolutamente autônomos, inexistindo qualquer relação de subordinação entre as condutas, resta inviabilizada a aplicação do princípio da consunção, devendo o réu responder por todas as condutas, em concurso material" (REsp. 509921/PA, Recurso Especial 2003/0049487-7, 5ª Turma, publicado no *DJ* em 2/8/2004, p. 492).

9.5. Uso de documento falso e estelionato

Verificar discussão no item 10.2 do Capítulo 46, relativa à falsificação de documento público e estelionato.

9.6. Usuário que solicita a falsificação do documento

Tem-se entendido pela aplicação do art. 29 do Código Penal ao usuário que solicita a falsificação do documento por ele utilizado, haja vista ter induzido o autor do crime de falso a forjar o documento por ele requerido.

Dessa forma, em vez de responder pela infração penal tipificada no art. 304 do Código Penal, seria responsabilizado pelo crime de *falsificação de documento* (público ou particular), aplicando-se, aqui, a regra correspondente ao concurso de pessoas.

Nesse sentido, preleciona Sylvio do Amaral:

> "Se o uso, previamente combinado, acoroçoou, ou, por qualquer modo, foi causa da falsificação, o usuário responde pelo crime principal, e não pelo acessório, pois terá concorrido para a ação do agente (art. 29)".[1]

9.7. Fotocópia não autenticada

Tem-se descartado a natureza de *documento* da fotocópia não autenticada, razão pela qual qualquer falsificação nela produzida seria considerada atípica quando o agente, efetivamente, viesse a usá-la.

Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> "A utilização de cópia reprográfica sem autenticação não pode ser objeto material de crime de uso de documento falso (precedentes do STJ)" (*HC* 33538/PR, *HC* 2004/0014923-3, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª T. *DJ* 2/6/2005).

No entanto, não se descarta a possibilidade de o agente utilizar a mencionada fotocópia como um meio para a prática do delito de estelionato, não se cuidando, aqui, de um antefato impunível, em virtude da ausência da tipicidade do fato anterior.

9.8. Falsificação grosseira

Segundo posição majoritária de nossos Tribunais, a falsificação grosseira não tem o condão de configurar o delito de falso, tampouco a utilização do documento grosseiramente falsificado se configura no delito tipificado no art. 304 do Código Penal.

9.9. Uso de documento falso relativo a estabelecimento particular de ensino

Diz a Súmula nº 104 do Superior Tribunal de Justiça que:

> ***Súmula nº 104.*** *Compete à Justiça Estadual o processo e julgamento dos crimes de falsificação e uso de documento falso relativo a estabelecimento particular de ensino.*

1 AMARAL, Sylvio do. *Falsidade documental*, p. 156.

CAPÍTULO 54

SUPRESSÃO DE DOCUMENTO

Supressão de documento

Art. 305. Destruir, suprimir ou ocultar, em benefício próprio ou de outrem, ou em prejuízo alheio, documento público ou particular verdadeiro, de que não podia dispor:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa, se o documento é público, e reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, se o documento é particular.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *supressão de documento* encontra-se previsto no art. 305 do Código Penal, fazendo parte do Capítulo III, que diz respeito à *falsidade documental*. No entanto, pela análise da figura típica mencionada, podemos perceber que não se cuida, *in casu*, de falsidade, no sentido em que é empregada pelos demais artigos, seja por meio da contrafação (criação ou fabricação do documento), seja pela sua alteração.

De acordo com a redação típica, podemos apontar os seguintes elementos que integram o tipo penal: a) a conduta de *destruir, suprimir* ou *ocultar*; b) em benefício próprio ou de outrem, ou em prejuízo alheio; c) documento público ou particular verdadeiro, de que não podia dispor.

O núcleo *destruir* é utilizado pelo texto legal no sentido de extinguir, dar cabo a, eliminar, a exemplo do agente que o rasga completamente, em muitos pequenos pedaços, o queima etc.; *suprimir* deve ser entendido, conforme adverte Guilherme de Souza Nucci, como "eliminar o documento como tal, ou seja, permanece o papel, mas desaparece o documento, como ocorre se for coberto de tinta";[1] *ocultar* significa esconder, encobrir, de modo que o documento permanece intacto, mas inacessível pelas demais pessoas, que não conhecem o seu paradeiro.

1 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 963.

Tais comportamentos devem ser levados a efeito em benefício do próprio agente ou de outrem, ou, ainda, em prejuízo alheio. Assim, o agente pratica uma das condutas típicas porque será, de alguma forma, beneficiado ou beneficiará a terceira pessoa, ou porque quer trazer algum tipo de prejuízo a outrem, mesmo não se beneficiando disso. O benefício, no primeiro caso, poderá ser de *natureza econômica*, a exemplo do agente que consegue destruir a nota promissória que havia assinado, ou *moral*.

O objeto material da conduta do agente é o documento público ou particular verdadeiro, de que não podia dispor. Assim, se o agente, por exemplo, vier a destruir um documento total ou parcialmente falsificado, o seu comportamento não se subsumirá ao tipo penal em estudo, que exige seja ele *verdadeiro*, podendo, no entanto, dependendo da hipótese concreta, ser responsabilizado por outro delito, a exemplo dos arts. 314 (*extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento*) e 337 (*subtração ou inutilização de livro ou documento*) do Código Penal.

Não importa que o documento tenha sido confiado ao agente ou que ele tenha dele se apoderado ilicitamente, com o fim de praticar qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo. O fundamental é que o documento que tenha sido destruído, suprimido ou ocultado possa, de alguma forma, trazer benefício ao agente ou a terceiro, ou causar prejuízo a outrem, razão pela qual afirma Hungria que o tipo penal em estudo não cuida de:

> "documentos que sejam traslados, certidões ou cópias de *originais* constantes de livros notariais ou de arquivo de repartição pública, pois, em tal caso, com a facilidade de obtenção de outros traslados, certidões ou cópias, não estará conculcada a prova do fato ou relação jurídica de que se trate".[2]

Além da necessidade de ser verdadeiro o documento, exige, ainda, o tipo penal que o agente dele não possa dispor, pois, como bem observado por Luiz Regis Prado, se:

> "ele pode dispor do documento, seria desnecessário dizer, não haverá crime na conduta de destruí-lo ou ocultá-lo. A exigência expressa, estampada na frase *de que não podia dispor*, é desnecessária, já que, por razões lógicas, o poder de destruição está contido no poder de disposição".[3]

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa);

2 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 301.

3 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 4, p. 274.

comissivo (até mesmo no que diz respeito ao núcleo ocultar, podendo, no entanto, nos termos do art. 13, § 2ª, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; instantâneo (nas modalidades destruir e suprimir) e permanente (quanto à conduta de *ocultar*); monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte (podendo, dependendo do caso concreto, ser um delito transeunte, afastando-se, outrossim, a necessidade de perícia).

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *supressão de documento*, não exigindo o tipo penal em estudo nenhuma qualidade ou condição especial.

O sujeito passivo é o Estado, bem como aquelas pessoas (físicas ou jurídicas) que, de alguma forma, foram prejudicadas com o comportamento praticado pelo sujeito ativo.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A fé pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *supressão de documento*.

O objeto material é o documento público ou particular verdadeiro, de que não podia dispor o agente.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando o agente pratica qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo penal, independentemente do fato de vir a obter algum benefício, para si próprio ou para outrem, ou causar prejuízo alheio.

Tratando-se de crime plurissubsistente, torna-se possível o raciocínio relativo à tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *supressão de documento*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

A conduta do agente deve ser dirigida finalisticamente no sentido de trazer benefício a si próprio ou a terceiro, ou causar prejuízo a outrem.

Na hipótese em que o agente, deixando de observar o seu necessário e exigível dever objetivo de cuidado, venha a destruir, por exemplo, um documento público ou privado, mesmo causando prejuízo a outrem, o fato deverá ser considerado atípico, por ausência de previsão legal para a modalidade culposa.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos *destruir, suprimir* e *ocultar* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente.

No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, nada fizer para evitar a prática da infração penal, devendo, portanto, ser responsabilizado nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. PENA, AÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *supressão de documento* é de reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, se o documento é público, e reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, se o documento é particular.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, se o objeto material da ação for o documento particular.

CAPÍTULO 55

FALSIFICAÇÃO DO SINAL EMPREGADO NO CONTRASTE DE METAL PRECIOSO OU NA FISCALIZAÇÃO ALFANDEGÁRIA, OU PARA OUTROS FINS

Falsificação do sinal empregado no contraste de metal precioso ou na fiscalização alfandegária, ou para outros fins

Art. 306. Falsificar, fabricando-o ou alterando-o, marca ou sinal empregado pelo poder público no contraste de metal precioso ou na fiscalização alfandegária, ou usar marca ou sinal dessa natureza, falsificado por outrem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Se a marca ou sinal falsificado é o que usa a autoridade pública para o fim de fiscalização sanitária, ou para autenticar ou encerrar determinados objetos, ou comprovar o cumprimento de formalidade legal:

Pena – reclusão ou detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *falsificação do sinal empregado no contraste de metal precioso ou na fiscalização alfandegária, ou para outros fins* veio previsto no art. 306 do Código Penal. Pela redação típica constante do *caput* do mencionado artigo, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de falsificar, fabricando ou alterando, marca ou sinal empregado pelo poder público no contraste de metal precioso ou na fiscalização alfandegária; b) ou usar marca ou sinal dessa natureza, falsificado por outrem.

O núcleo falsificar vem atrelado às condutas de fabricar (contrafação) e alterar (alteração), tendo como objeto material marca ou sinal empregado pelo

Poder Público no contraste de metal precioso ou na fiscalização alfandegária. Hungria, dissertando sobre o tema, esclarece:

> "Para assegurar a genuinidade de objetos de metal precioso (notadamente, ouro e prata), após a verificação do respectivo toque ou quilate, ou para atestar a fiscalização aduaneira, em torno dos despachos de exportação ou importação, ou a inspeção sanitária, ou para autenticar ou encerrar certos objetos ou comprovar o cumprimento de tal ou qual formalidade legal, a autoridade pública dispõe, *ex vi legis*, de marcas ou sinais (punções, timbres em chumbo, em lacre ou em papel, etiquetas, carimbos etc.). A falsificação destes ou o uso da marca ou sinal falsificado afeta, portanto, a fé pública, isto é, a confiança que em tais marcas ou sinais deposita o público em geral".[1]

Também comete o delito em estudo aquele que usa marca ou sinal dessa natureza que fora falsificado por outrem. Como ressalvado pela segunda parte do *caput* do art. 306, se o próprio falsário vier a fazer uso da marca ou sinal por ele fabricado ou alterado, o seu comportamento será atípico, devendo, no entanto, ser responsabilizado pela contrafação ou alteração.

Dessa forma, o delito de utilização de marca ou sinal falsificado somente poderá ser praticado por alguém que não seja o próprio falsificador. Merece destaque, *in casu*, a observação feita por Luiz Regis Prado:

> "O legislador, por óbvio, quis deixar claro que o uso subsequente à falsificação não é punível, sancionando-se o agente tão só pelo fato precedente; entretanto, o tipo pode levar a situação de iniquidade: imagine-se que a falsificação anterior não seja punível por qualquer razão (o agente era, então, inimputável, ou já está extinta, pela prescrição ou por outra causa qualquer, a punibilidade), e o próprio falsificador venha a fazer uso, posteriormente, do sinal ou marca falsos. Como a hipótese não satisfaz a condição exigida no tipo – *falsificado por outrem* –, o agente restará impune porque atípico o uso pelo próprio falsário. Melhor seria, pois, que o legislador tivesse omitido, como em outros tipos assemelhados, a referência à necessidade de ser de terceiro a autoria do falso para configurar-se o crime de uso, deixando à doutrina e à jurisprudência a solução da questão da falsificação e posterior uso pela mesma pessoa".[2]

1 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 305-306.

2 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 4, p. 284.

O *uso indevido* de qualquer marca ou sinal empregado pelo Poder Público no contraste de metal precioso ou na fiscalização alfandegária deverá ser considerado atípico se não houver, no caso concreto, efetiva falsificação.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente (como regra, pois, dependendo da hipótese concreta, poderá ser unissubsistente no que diz respeito à conduta de *usar* marca ou sinal falsificado por outrem); não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *falsificação do sinal empregado no contraste de metal precioso ou na fiscalização alfandegária, ou para outros fins*, não exigindo o tipo do art. 306 do Código Penal nenhuma qualidade ou condição especial.

O sujeito passivo é o Estado, bem como as pessoas diretamente prejudicadas com a conduta praticada pelo agente.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A fé pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *falsificação do sinal empregado no contraste de metal precioso ou na fiscalização alfandegária, ou para outros fins*, ou mais especificamente, como diz Cezar Roberto Bitencourt, a "confiança nas marcas e sinais utilizados pelo Poder Público para os fins mencionados no dispositivo legal em exame".[3]

O objeto material é a marca ou sinal empregado pelo Poder Público no contraste de metal precioso ou na fiscalização alfandegária.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito tipificado no art. 306 do Código Penal se consuma com a falsificação, seja com a fabricação ou com a alteração de marca ou sinal empregado pelo Poder Público no contraste de metal precioso ou na fiscalização alfandegária, ou com o uso efetivo de marca ou sinal dessa natureza, falsificado por outrem.

3 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 4, p. 355.

Tratando-se, como regra, de crime plurissubsistente, torna-se possível o reconhecimento da tentativa, principalmente quando a conduta do agente é dirigida finalisticamente no sentido de fabricar ou alterar o objeto material da ação, vale dizer, a marca ou sinal já referidos. No entanto, embora de difícil ocorrência, não podemos descartar a possibilidade de tentativa quando estivermos diante da conduta de *usar* marca ou sinal dessa natureza, falsificado por outrem. Nesse último caso, somente o caso concreto é que terá o condão de demonstrar a possibilidade de fracionamento do *iter criminis*, quando, então, será possível ou não o reconhecimento da tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *falsificação do sinal empregado no contraste de metal precioso ou na fiscalização alfandegária, ou para outros fins*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

O agente deverá ter conhecimento de todos os elementos constantes do tipo penal em estudo, ou seja, deverá ter o conhecimento de que falsifica, fabricando ou alterando, marca ou sinal empregado pelo Poder Público no contraste de metal precioso ou na fiscalização alfandegária, bem como que usa marca ou sinal dessa natureza, falsificado por outrem, pois, caso contrário, poderá ser arguido o erro de tipo, eliminando-se o dolo e, consequentemente, a própria infração penal.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos *falsificar* (seja fabricando ou alterando) e *usar* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser cometido via omissão imprópria na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para evitar a prática de qualquer dos comportamentos previstos pelo art. 306 do Código Penal.

8. MODALIDADE PRIVILEGIADA

Assevera o parágrafo único do art. 306, *verbis*:

> **Parágrafo único.** Se a marca ou sinal falsificado é o que usa a autoridade pública para o fim de fiscalização sanitária, ou para autenticar ou encerrar determinados objetos, ou comprovar o cumprimento de formalidade legal:
>
> Pena – reclusão ou detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

A *autoridade pública* mencionada no texto legal pode ser a federal, estadual ou municipal.

Fiscalização sanitária é aquela levada a efeito pelas autoridades a fim de serem preservadas a saúde e a higiene. Assim, poderá a autoridade emitir um carimbo reconhecendo, por exemplo, ter sido aquele produto devidamente fiscalizado, como acontece com as carnes em geral.

Da mesma forma, amolda-se à modalidade privilegiada do tipo penal em estudo aquele que falsifica ou usa marca ou sinal falsificado, utilizado pela autoridade pública para autenticar, isto é, reconhecer como verdadeiro, ou encerrar, vale dizer, guardar em algum lugar que pode ser fechado, determinados objetos.

Por último, também comete o delito tipificado no parágrafo único do art. 306 do Código Penal aquele que falsifica ou usa marca ou sinal falsificado destinado a comprovar o cumprimento de formalidade legal. Salienta Guilherme de Souza Nucci:

> "*Comprovar* significa auxiliar a provar ou confirmar. Portanto, quando a autoridade pública (federal, estadual ou municipal) tem um determinado sinal para confirmar que determinada formalidade legal (rotina ou praxe prevista em lei para validar algo) foi executada, havendo a falsificação da referida marca ou o uso indevido do sinal alterado, responde pelo tipo privilegiado".[4]

9. PENA, AÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao *caput* do art. 306 do Código Penal é de reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Para a modalidade privilegiada, constante do parágrafo único do citado art. 306, a pena poderá ser de reclusão ou detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, somente para a modalidade privilegiada.

10. DESTAQUE

10.1. Alternatividade entre reclusão e detenção

Compete ao juiz do processo de conhecimento a escolha entre as penas de reclusão e detenção, previstas no parágrafo único do art. 306 do Código Penal, que será determinada de acordo com a necessidade de censura do caso concreto.

4 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 967.

Isso significa que, sendo o agente preso em flagrante delito, poderá a autoridade policial arbitrar-lhe fiança, conforme preconiza o art. 322 do Código de Processo Penal, com a nova redação que lhe foi conferida pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, que diz, *verbis*:

> **Art. 322.** A autoridade policial somente poderá conceder fiança nos casos de infração cuja pena privativa de liberdade máxima não seja superior a 4 (quatro) anos.

CAPÍTULO 56
FALSA IDENTIDADE

> **Falsa identidade**
>
> **Art. 307.** Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem:
>
> Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *falsa identidade* veio tipificado no art. 307 do Código Penal. De acordo com a redação típica, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de atribuir-se falsa identidade; b) a atribuição de falsa identidade a terceiro; c) a finalidade de obter vantagem, em proveito próprio ou alheio; d) ou de causar dano a outrem.

Ab initio, o núcleo *atribuir* é utilizado pelo texto legal no sentido de imputar. Assim, o agente imputa a si mesmo, ou a terceira pessoa, falsa identidade.

Por *identidade* devemos entender o conjunto de caracteres próprios de uma pessoa, que permite identificá-la e distingui-la das demais, a exemplo do nome, idade, profissão, sexo, estado civil etc. A lei pune a autoatribuição falsa, ou a atribuição falsa a terceiro, isto é, o agente se identifica incorretamente, com dados que não lhe são próprios, ou atua, da mesma forma, atribuindo esses dados falsos a terceira pessoa.

Esses comportamentos devem ser dirigidos finalisticamente no sentido de obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou causar dano a outrem. Hungria, esclarecendo a respeito do proveito pretendido pelo agente, assevera:

> "O proveito pode ser de ordem moral ou representar qualquer outra utilidade não econômica (ex.: pelo prazer de favorecer a um amigo, o agente atribui-se a respectiva identidade para, em lugar dele, prestar um exame num concurso), assim como

> a vantagem colimada pode não depender necessariamente do prejuízo alheio ou este não estar em reciprocidade com vantagem alguma".[1]

Faz-se necessário ressaltar, no entanto, que essa vantagem não poderá possuir natureza econômica, sob pena de ser o agente responsabilizado pelo delito de estelionato. Assim, por exemplo, aquele que se faz passar por um cobrador de uma empresa de energia elétrica, induzindo a vítima em erro, com a finalidade de receber determinada quantia, pratica o delito tipificado no art. 171 do Código Penal, tendo em vista que o próprio preceito secundário do art. 307 do mesmo diploma legal aponta, expressamente, a sua natureza subsidiária, dizendo ser cominada ao delito em estudo a pena de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.

Não é incomum ocorrerem as hipóteses em que o agente se faz passar por médico, militar, pastor, padre, comendador, diplomata, advogado, Promotor de Justiça etc., lembrando que somente ocorrerá o delito se essa falsa identidade ocorrer com a finalidade de obtenção de vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem.

Se o agente, por exemplo, se atribui falsa identidade com finalidades sexuais, poderá ocorrer o delito de *violação sexual mediante fraude*, com a redação dada pela Lei nº 12.015, de 7 de agosto de 2009, como na hipótese em que o agente, fazendo-se passar por médico ginecologista, realiza um exame de "toque vaginal" na vítima. Nesse caso, restará afastado o delito em exame, em razão da sua já mencionada natureza subsidiária, sendo aplicado, pois, o art. 215 do Código Penal.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; monossubsistente (como regra, pois, dependendo da hipótese concreta, poderá ser plurissubsistente, podendo o agente, por exemplo, valer-se de um escrito para levar a efeito o delito); transeunte (também como regra, pois, na maioria dos casos, não haverá necessidade, ou mesmo possibilidade, de realização de prova pericial).

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *falsa identidade*, não exigindo o tipo do art. 307 do Código Penal nenhuma qualidade ou condição especial.

1 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 308.

O sujeito passivo é o Estado, bem como a pessoa diretamente prejudicada com a conduta praticada pelo agente.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A fé pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *falsa identidade.*

Não há objeto material.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Consuma-se o delito em estudo quando o agente atribui-se ou atribui a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem.

Não há necessidade de que o agente, efetivamente, obtenha a vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou que cause dano a outrem, pois cuida-se, *in casu*, de delito de natureza formal, de consumação antecipada, de resultado cortado, ou seja, o tipo penal se satisfaz, para efeitos de reconhecimento do momento de consumação, com a prática da conduta núcleo, vale dizer, a autoatribuição ou atribuição a terceiro de falsa identidade, independentemente da obtenção da vantagem, ou da ocorrência do prejuízo, que, se vierem a ocorrer, deverão ser consideradas como mero exaurimento do delito.

Será possível a tentativa quando estivermos diante de uma modalidade plurissubsistente. Isso dependerá da forma como o delito for praticado. Se estivermos, por exemplo, diante de uma autoatribuição verbal, a infração penal será considerada unissubsistente, razão pela qual não se poderá raciocinar em termos de tentativa; se for praticada, *v.g.*, por escrito, a tentativa será possível, pois, nesse caso, pode-se fracionar o *iter criminis*.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *falsa identidade*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

A conduta do agente, no entanto, deve ser dirigida finalisticamente no sentido de obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem, pois, caso contrário, o fato deverá ser considerado um indiferente penal. Assim, imagine-se a hipótese daquele que se faz passar, dada sua semelhança física, por um famoso artista de televisão simplesmente pelo fato de gostar de ser com ele confundido, o que faz elevar o seu ego, não querendo obter, com o seu comportamento, qualquer vantagem, seja para si ou para outrem, bem como não sendo a sua finalidade causar dano a outrem.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo *atribuir* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser cometido via omissão imprópria na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para evitar a prática de qualquer dos comportamentos previstos pelo art. 307 do Código Penal.

8. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *falsa identidade* é de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito previsto pelo art. 307 do Código Penal, tendo em vista que a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

9. DESTAQUES

9.1. Falsa identidade e autodefesa

Tem sido objeto de intenso debate doutrinário e jurisprudencial a discussão em torno da possibilidade de o agente atribuir-se falsa identidade com a finalidade de se livrar, por exemplo, de uma condenação criminal ou, mesmo, para se livrar da sua prisão em flagrante.

Assim, a título de raciocínio, imagine-se a hipótese em que o agente, portador de uma extensa folha de antecedentes criminais, ao ser, mais uma vez, preso em flagrante, atribui a si mesmo uma identidade falsa, querendo, com isso, livrar-se da prisão. Nesse caso, pergunta-se: Deveria o agente ser responsabilizado pelo delito tipificado no art. 307 do Código Penal, ou estaria ele no exercício de sua autodefesa, ou de, pelo menos, não se autoincriminar, fazendo prova contra si mesmo, haja vista que a primeira parte do inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal diz que *o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado*?

O STJ tem se posicionado mais recentemente no sentido de afastar a infração penal, conforme se verifica na ementa abaixo transcrita:

> "A atribuição de falsa identidade, perante a autoridade policial, pelo preso em flagrante, com o objetivo de ocultar-lhe seus antecedentes penais, não configura o crime tipificado no art. 307 do Código Penal, por constituir hipótese de autodefesa, amparado pelo art. 5º, LXIII, da Constituição Federal. Precedentes do STJ" (STJ, EDcl. no *HC* 139843/MS, Rel. Min. Sebastião Reis Junior, 6ª T., *DJe* 22/8/2011).
>
> "O direito do investigado ou do acusado de não produzir prova contra si foi positivado pela Constituição da República no rol petrificado dos direitos e garantias individuais (art. 5º, inciso LXIII). É essa a norma que garante *status* constitucional ao princípio do *Nemo tenetur se detegere* (STF, *HC* 80.949/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª T., *DJ* de 14/12/2001), segundo o qual, repita-se, ninguém é obrigado a produzir quaisquer provas contra si. A propósito, o Constituinte Originário, ao editar tal regra, 'nada mais fez senão consagrar, desta vez no âmbito do sistema normativo instaurado pela Carta da República de 1988, diretriz fundamental proclamada, desde 1791, pela Quinta Emenda [à Constituição dos Estados Unidos da América], que compõe o *Bill of Rights* norte-americano' (STF, *HC* 94.082-MC/RS, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 25/3/2008). 'Qualquer pessoa que sofra investigações penais, policiais ou parlamentares, ostentando, ou não, a condição formal de indiciado – ainda que convocada como testemunha (*RTJ* 163/626, *RTJ* 176/805-806) –, possui, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer em silêncio e de não produzir provas contra si própria' (*RTJ* 141/512, Rel. Min. Celso de Mello). Nos termos do art. 5º, inciso LXIII, da Carta Magna 'o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado'. Tal regra, conforme jurisprudência dos Tribunais pátrios, deve ser interpretada de forma extensiva, e engloba cláusulas a serem expressamente comunicadas a quaisquer investigados ou acusados, quais sejam: o direito ao silêncio, o direito de não confessar, o direito de não produzir provas materiais ou de ceder seu corpo para produção de prova etc. É atípica a conduta de se atribuir falsa identidade perante autoridade policial com o intuito de ocultar antecedentes criminais, pois se trata de hipótese de autodefesa, consagrada no art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, que não configura o crime descrito no art. 307 do Código Penal. Precedentes" (STJ, *HC* 171389/ES, Relª Minª Laurita Vaz, 5ª T., *DJe* 17/5/2011).

Esta, também, a posição de Mirabete, quando assevera:

> "Não ocorre, nesse caso, o ilícito em estudo, pois o acusado não tem o dever de dizer a verdade diante do princípio univesal *nemo tenetur se detegere*".[2]

2 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*, v. 3, p. 278.

Com a devida *venia* das posições em contrário, não podemos entender a prática do comportamento previsto no tipo do art. 307 do Código Penal como uma "autodefesa". Certo é que, de acordo com a determinação constitucional, o preso, vale dizer, o indiciado (na fase de inquérito policial), ou mesmo o acusado (quando de seu interrogatório em juízo) tem o direito de permanecer calado. Na verdade, podemos ir até além, no sentido de afirmar que não somente tem o direito ao silêncio, como também o direito de mentir ou de omitir sobre *fatos* que, de alguma forma, podem lhe ser prejudiciais.

A autodefesa diz respeito, portanto, a *fatos*, e não a uma autoatribuição falsa de identidade. O agente pode até mesmo dificultar a ação da Justiça Penal no sentido de não revelar situações que seriam indispensáveis à elucidação dos fatos. No entanto, não poderá se eximir de se identificar. É um direito do Estado saber em face de quem propõe a ação penal e uma obrigação do indiciado/acusado revelar sua identidade.

Essa autoatribuição falsa de identidade nada tem a ver com o direito de autodefesa, ou de, pelo menos, não fazer prova contra si mesmo, de autoincriminar-se. São situações, segundo nosso raciocínio, inconfundíveis.

Assim, apesar da existência da divergência doutrinária e jurisprudencial, posicionamo-nos pela possibilidade de se imputar ao agente a prática do delito de falsa identidade quando pratica a conduta prevista no art. 307 do Código Penal com a finalidade de livrar-se da Justiça Penal.

Nesse sentido, posicionou-se o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida pelo Ministro Eros Grau, a seguir transcrita:

> "Discute-se neste recurso extraordinário a prática do delito previsto no art. 307 do CP [falsa identidade] pelo indivíduo que – abordado em blitz policial – identificou-se com nome diverso do seu. 2. O Tribunal *a quo* decidiu que há crime. Afirmou que 'não tem aplicação o princípio da autodefesa, posto que o recorrente não estava sendo preso, não estava sendo acusado da prática de qualquer crime e muito menos estava sendo ouvido na condição de suspeito. A atividade policial consistia em mera abordagem' [fls. 127]. 3. O recorrente sustenta que 'informou o nome errado porque sabia da existência de mandados de prisão expedidos contra sua pessoa e temia ser preso àquela época' [fls. 137]. Salientou que tinha o direito de permanecer calado e de não produzir provas contra si mesmo. 4. Esta Corte, por ocasião do julgamento do *HC* 72.377, Relator o Ministro Carlos Velloso, *DJ* de 30.6.95, firmou o seguinte entendimento: 'EMENTA: PENAL. PROCESSUAL PENAL. 'HABEAS CORPUS'. CRIME DE ROUBO: CONSUMAÇÃO. FALSA IDENTIDADE. SEQUESTRO. I. – Crime de roubo: consuma-se quando o agente, mediante violência ou grave ameaça, consegue retirar a coisa da esfera de vigilância da vítima.

> II. – Tipifica o crime de falsa identidade o fato de o agente, ao ser preso, identificar-se com nome falso, com o objetivo de esconder seus maus antecedentes. III. – Crime de sequestro não caracterizado. IV. – Extensão ao corréu dos efeitos do julgamento, no que toca ao crime de sequestro. V. – H.C. deferido em parte. Nego seguimento ao recurso com fundamento no art. 21, § 1º, do RISTF.' (RE 470944/DF, Recurso Extraordinário, *DJ* 27/3/2006, p. 71).

9.2. Agente que silencia com relação à sua identidade ou não nega a falsa identidade a ele atribuída

Tendo em vista que o tipo do art. 307 do Código Penal exige uma conduta positiva por parte do agente, não pratica o delito em estudo aquele que simplesmente silencia quando lhe é imputada uma identidade que não coincide com a dele.

9.3. Recusa de dados sobre a própria identidade ou qualificação

Caso o agente se recuse a fornecer seus dados para efeitos de identificação e qualificação, deverá ser responsabilizado nos termos do art. 68 da Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688/41), que diz:

> **Art. 68.** Recusar à autoridade, quando por esta, justificadamente solicitados ou exigidos, dados ou indicações concernentes à própria identidade, estado, profissão, domicílio e residência:
> Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.[3]

9.4. Simulação da qualidade de funcionário público

O art. 45 da Lei das Contravenções Penais prevê a *simulação da qualidade de funcionário público*:

> **Art. 45.** Fingir-se funcionário público:
> Pena – prisão simples, de um a três meses, ou multa, de quinhentos mil réis a três contos de réis.[4]

No caso em exame, não exige o tipo penal que o agente, com seu comportamento, tenha a finalidade de obter vantagem, em proveito próprio ou de terceiro, ou que pretenda causar dano a outrem, o que seria mais grave.

3 O art. 2º da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, determinou o cancelamento, na Parte Especial e nas leis especiais alcançadas pelo art. 12 do Código Penal, de quaisquer referências a valores de multas, substituindo a expressão multa *de* por *multa*.

4 O art. 2º da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984, determinou o cancelamento, na Parte Especial e nas leis especiais alcançadas pelo art. 12 do Código Penal, de quaisquer referências a valores de multas, substituindo a expressão multa *de* por *multa*.

Assim, a simples simulação da qualidade de funcionário público já teria o condão de configurar a contravenção penal, o que a distinguiria do delito tipificado no art. 307 do Código Penal, que exige uma daquelas finalidades.

9.5. Usurpação de função pública

Se, por exemplo, com a autoatribuição de falsa identidade, o agente vier a usurpar o exercício de função pública, praticando atos para os quais não está legalmente legitimado, o fato se amoldará ao delito tipificado no art. 328 do Código Penal, *verbis*:

> **Art. 328.** Usurpar o exercício de função pública:
> Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa.
> **Parágrafo único.** Se do fato o agente aufere vantagem:
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

9.6. Uso de documento falso de identidade

Para efeito de reconhecimento do delito de falsa identidade, não poderá o agente se valer de qualquer documento falso, pois, caso contrário, incorrerá nas penas do art. 304 do Código Penal, que prevê o delito de *uso de documento falso*.

9.7. Falsa identidade e furto

Na hipótese em que o agente se autoatribui falsa identidade a fim de, fazendo-se passar por outra pessoa, conseguir levar a efeito a subtração não violenta de algum bem móvel pertencente à vítima, o fato se amoldará ao tipo penal que prevê o delito de furto praticado mediante fraude, tipificado no art. 155, § 4º, II, segunda figura.

Assim, imagine-se a hipótese daquele que, fazendo-se passar por alguém especialista em consertos de antenas parabólicas, tendo conhecimento de que o aparelho de televisão pertencente à vítima encontrava-se com problemas em decorrência da má recepção do sinal, consegue, por essa razão, entrar naquela residência, a fim de praticar a subtração de algumas joias que ali se achavam.

Nesse caso, embora atribuindo-se uma falsa identidade, o delito tipificado no art. 307 do Código Penal, por ser subsidiário, dará a sua vez para aplicação das penas cominadas ao delito de furto qualificado pelo emprego de fraude.

CAPÍTULO 57

USO DE DOCUMENTO DE IDENTIDADE ALHEIA

> **Uso de documento de identidade alheia**
> **Art. 308.** Usar, como próprio, passaporte, título de eleitor, caderneta de reservista ou qualquer documento de identidade alheia ou ceder a outrem, para que dele se utilize, documento dessa natureza, próprio ou de terceiro:
> Pena – detenção, de 4 (quatro) meses a 2 (dois) anos, e multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.

1. INTRODUÇÃO

O art. 308 do Código Penal prevê uma modalidade especializada de *falsa identidade*. Embora não exista rubrica antecedendo o artigo, fornecendo-lhe o *nomen juris*, a doutrina convencionou denominar o delito em estudo de *uso de documento de identidade alheia*,[1] *uso indevido de documentos pessoais alheios*[2] *ou, ainda, uso, como próprio, de documento de identidade alheio*,[3] dentre outros.

Dissertando sobre o tema, esclarece Hungria:

> "Variante do crime *falsa identidade*, o crime em exame é, também, um *soldado de reserva*: só quando não represente elemento de outro crime mais grave é que será punível autonomamente. Já aqui, a falsidade se apresenta com maior gravidade, por isso que *ajudada* pelo abuso de documento público, explicando-se, assim, que a lei, na espécie, não haja condicionado o crime à vantagem outra que não a específica do documento de que se trata".[4]

1 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal* – Parte especial, v. II, p. 375.
2 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 309.
3 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 4, p. 361.
4 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 309.

De acordo com a redação constante do tipo penal em estudo, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de *usar*, como próprio, passaporte, título de eleitor, caderneta de reservista ou qualquer documento de identidade alheia; b) ou *ceder* a outrem, para que o utilize, documento dessa natureza, seja próprio ou de terceiro.

O núcleo *usar* deve ser entendido no sentido de efetiva utilização, ou seja, o agente, volitivamente, utiliza, faz uso de um documento de identidade alheio como se fosse próprio, fazendo-se, portanto, passar pela pessoa que consta do referido documento, daí dizer-se que o delito em exame pode ser entendido como uma modalidade especializada de falsa identidade.

A lei penal se vale da chamada interpretação analógica, haja vista que, exemplificativamente, aponta os documentos que, se utilizados pelo agente, importarão na prática do delito tipificado no art. 308 do Código Penal para, logo em seguida, utilizar uma fórmula genérica, abrangendo com ela qualquer outro documento de identidade alheia, que não os já citados expressamente.

A fórmula casuística aponta que incorrerá na infração penal em análise aquele que fizer uso, como próprio, de *passaporte* (documento oficial de um Estado, que permite aos seus portadores o ingresso, bem como a saída de determinados países, que serve como documento de identificação do seu portador); *título de eleitor* (documento de identidade que comprova estar o seu portador devidamente registrado na Justiça Eleitoral, podendo, portanto, exercitar a democracia, fazendo valer o seu direito de voto); *caderneta de reservista* (documento que demonstra a regularidade de seu portador perante o serviço militar obrigatório, sendo aquele que, efetivamente, serviu ou foi dispensado do serviço nas Forças Armadas – Marinha, Exército ou Aeronáutica).

Além desses três documentos apontados, o art. 308 ainda compreende, nas suas disposições, *qualquer documento de identidade alheia*, vale dizer, qualquer outro documento que contenha, oficialmente, as características pessoais de seu portador, a exemplo do que ocorre com a *carteira nacional de habilitação*, ou mesmo com as *carteiras funcionais*, pertencentes aos funcionários públicos em geral.

Além do *uso* efetivo pelo agente, a segunda parte do art. 308 do Código Penal tipifica, também, o comportamento daquele que *cede* a outrem quaisquer dos documentos que possuam essa natureza para que deles se utilize, seja próprio ou de terceiro.

Nesse caso, o agente deverá ter conhecimento de que, ao ceder o documento de identidade, o outro sujeito o usará, fazendo-se passar pelo seu titular, pois, caso contrário, sua conduta será atípica. Assim, deverá integrar o seu dolo o conhecimento de que a pessoa para quem entrega o documento pertencente a outrem o usará, fazendo-se passar pelo seu titular.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente ou monossubsistente (dependendo da forma como o delito seja praticado, podendo ou não ser fracionado o *iter criminis*); não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito previsto pelo art. 308 do Código Penal, não exigindo o tipo em estudo nenhuma qualidade ou condição especial.

O sujeito passivo é o Estado, como também a pessoa eventualmente prejudicada com a conduta praticada pelo agente.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A fé pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo constante do art. 308 do Código Penal.

O objeto material é o passaporte, título de eleitor, caderneta de reservista ou qualquer outro documento de identidade alheia utilizado pelo agente como próprio.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma, na primeira hipótese, com a efetiva utilização do documento. Não se pode falar em tentativa quando, por exemplo, quaisquer dos documentos mencionados pelo art. 308 do Código Penal forem encontrados em poder do agente sem que ele, efetivamente, os utilize.

Assim, imagine-se a hipótese em que o agente é interceptado numa *blitz*, dirigindo um automóvel sem a necessária carteira de habilitação. Desconfiado, o policial pede ao motorista que saia do veículo e dá início a uma busca pessoal. Ao pegar os documentos do agente, percebe que, junto deles, encontra-se uma carteira de habilitação pertencente a outra pessoa. Nessa hipótese, estaria o agente fazendo *uso* do mencionado documento de propriedade de outrem? A resposta só pode ser negativa.

Dessa forma, a consumação somente ocorrerá quando o agente, volitivamente, fizer uso efetivo do documento pertencente a terceiro como se fosse próprio. O simples trazer consigo não importa no reconhecimento da infração penal em estudo.

No que diz respeito à segunda parte do artigo em estudo, ocorre a consumação quando o agente *cede* a outrem qualquer dos documentos mencionados pelo tipo penal, seja próprio ou de terceiro, para que o utilize. Não há necessidade de que o sujeito que recebeu o documento do agente o utilize, pois, conforme salienta Fragoso, "o crime consuma-se com a cessão, ou seja, com a entrega do documento ao interessado, para que o use, sendo irrelevante que ele venha efetivamente a usá-lo, e que a cessão seja onerosa ou gratuita".[5]

Embora mais difícil na primeira hipótese, será possível o reconhecimento da tentativa tanto no que diz respeito ao uso quanto à cessão do documento de identidade, dependendo da possibilidade de, no caso concreto, ser fracionado o *iter criminis*.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo delito tipificado no art. 308 do Código Penal, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Assim, imagine-se a hipótese em que o agente, por erro, apresente a carteira de identidade de seu irmão, que se encontrava junto com seus documentos. Não se pode visualizar, nessa hipótese, qualquer comportamento doloso no sentido de dirigir sua conduta a, efetivamente, fazer uso de um documento pertencente a outrem, sendo, portanto, atípico o mencionado comportamento.

Da mesma forma, aquele que entrega a outrem um documento de identidade, sem ter o conhecimento de que o agente o usará, fazendo-se passar por seu titular, não atua com o elemento subjetivo necessário ao reconhecimento do delito em estudo.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos *usar* e *ceder* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser cometido via omissão imprópria na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para evitar a prática de qualquer dos comportamentos previstos pelo art. 308 do Código Penal.

8. PENA E AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito tipificado no art. 308 do Código Penal é de detenção, de 4 (quatro) meses a 2 (dois) anos, e multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

5 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal* – Parte especial, v. II, p. 376.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito previsto no art. 308 do Código Penal, tendo em vista que a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

9. DESTAQUE

9.1. Delito subsidiário

Se o agente utiliza o documento de outrem para o fim de, com ele, praticar uma outra infração penal, mais grave, será aplicada a regra constante da segunda parte do preceito secundário do art. 308 do Código Penal.

Assim, por exemplo, se o agente, a fim de praticar um delito de furto, utiliza uma carteira funcional de identificação pertencente a outrem, facilitando, assim, o seu ingresso na residência da vítima, deverá responder pelo delito de furto qualificado pelo emprego de fraude, restando afastado o delito constante do art. 308 do Código Penal, diante de sua natureza subsidiária.

Capítulo 58

Fraude de Lei sobre Estrangeiro

Fraude de lei sobre estrangeiro

Art. 309. Usar o estrangeiro, para entrar ou permanecer no território nacional, nome que não é o seu:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Parágrafo único. Atribuir a estrangeiro falsa qualidade para promover-lhe a entrada em território nacional:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

1. INTRODUÇÃO

Embora a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XV, garanta a liberdade de locomoção, em tempo de paz, no território nacional, esse direito, principalmente no que diz respeito aos estrangeiros, sofre limitações, pois o próprio inciso constitucional faz essa ressalva, dizendo, *verbis*:

> XV – é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;
>
> [...].

A Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, definiu a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, bem como criou o Conselho Nacional de Imigração, sendo a sua aplicação precipuamente voltada à segurança nacional, à organização institucional, aos interesses políticos, socioeconômicos e culturais do Brasil, nos termos preconizados pelo art. 2º do mencionado estatuto.

Por essa razão, deverá o estrangeiro obedecer a todas as determinações relativas ao seu ingresso e permanência no país, sob pena de, inclusive, ser responsabilizado criminalmente, como na hipótese constante do art. 309 do Código Penal, que prevê o delito de *fraude de lei sobre estrangeiro*. Assim, de

acordo com a redação constante do *caput* da mencionada figura típica, podemos destacar os seguintes elementos: a) a conduta de *usar* o estrangeiro, nome que não é o seu; b) a fim de entrar ou permanecer no território nacional.

Conforme esclarece Noronha,

> "o núcleo do tipo é *usar*, isto é, fazer uso, empregar, utilizar etc. Trata-se de *uso* de *nome* que não é do agente. A lei prevê, pois, o fato dele atribuir a si mesmo nome que não possui. Esse uso tem o fim ou escopo de entrar ou permanecer em território pátrio.
>
> Pouco importa que o nome seja de outra pessoa ou fictício: a fraude se dá do mesmo modo".[1]

Não é a simples utilização do nome falso pelo estrangeiro que caracteriza o delito em estudo. Na verdade, deverá atuar com uma finalidade especial, ou seja, a de entrar ou permanecer no território nacional, pois, caso contrário, o fato poderá não se amoldar.

Ressalte-se, ainda, que a lei penal somente faz menção ao *nome* que é utilizado falsamente pelo estrangeiro. Assim, se o estrangeiro atribui, falsamente, a si mesmo uma profissão, um estado civil etc., o fato não se amoldará ao tipo do art. 309 do Código Penal, não se admitindo, em obediência ao princípio da legalidade, a utilização da analogia *in malam partem*.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime próprio na modalidade fundamental e comum na modalidade qualificada; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma vinculada; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente ou monossubsistente (dependendo da forma como o delito for praticado, podendo ou não ser fracionado o *iter criminis*); transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Crime próprio no que diz respeito à modalidade fundamental, somente o estrangeiro é que poderá figurar como *sujeito ativo;* já na modalidade qualificada, prevista pelo parágrafo único do art. 309, cuida-se de crime comum, razão pela qual qualquer pessoa poderá ser considerada sujeito ativo do delito.

Sujeito passivo é o Estado.

[1] NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 195.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A *fé pública* é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *fraude de lei sobre estrangeiro.*

Não há objeto material.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito previsto no *caput* do art. 309 do Código Penal se consuma quando o estrangeiro, efetivamente, usa um nome que não é o seu, ou seja, se identifica como outra pessoa, sendo que assim atua para entrar ou permanecer no território nacional. Merece ser ressaltado que a simples utilização de um nome que não é o da pessoa já configura o delito em exame, não havendo necessidade de que, com isso, consiga entrar ou permanecer no território nacional.

Embora seja de difícil ocorrência, preferimos não descartar a possibilidade de tentativa, dependendo do caso concreto, onde se poderá, com mais precisão, verificar ou não a sua ocorrência.

Com relação à modalidade qualificada, o delito se consuma quando o agente *atribui,* ou seja, imputa a estrangeiro falsa qualidade, almejando, com isso, promover-lhe a entrada em território nacional. O delito se consuma mesmo que o agente não consiga atingir a sua finalidade, vale dizer, a entrada do estrangeiro em território nacional, considerada como mero exaurimento do crime.

Também aqui será difícil o reconhecimento da tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido tanto pelo *caput* quanto pelo parágrafo único do art. 309 do Código Penal, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Assim, por exemplo, se o agente afirma, por erro, a qualidade de um estrangeiro que não coincide com a verdade, poderá ser arguido o erro de tipo, eliminando-se o dolo e, consequentemente, a própria infração penal.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos *usar* (*caput*) e *atribuir* (parágrafo único) pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser cometido via omissão imprópria na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para evitar a prática de qualquer dos comportamentos previstos pelo art. 309 do Código Penal.

8. MODALIDADE QUALIFICADA

A modalidade qualificada encontra-se prevista no parágrafo único do art. 309 do Código Penal, que lhe foi acrescentado pela Lei nº 9.426, de 24 de dezembro de 1996, com a seguinte redação:

> **Parágrafo único.** Atribuir a estrangeiro falsa qualidade para promover-lhe a entrada em território nacional.
> Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Aqui, ao contrário da situação prevista no *caput*, o sujeito ativo é alguém que imputa ao estrangeiro falsa qualidade. *Qualidade* é um termo amplo, que abrange não somente o nome, mas outros dados que podem servir para identificá-lo, a exemplo da profissão, filiação, idade, condição social etc.

A conduta do agente ao imputar uma qualidade falsa a um estrangeiro deve ser dirigida finalisticamente no sentido de promover-lhe a entrada no território nacional, pois, caso contrário, o fato poderá ser considerado um indiferente penal. Dessa forma, assiste razão a Luiz Regis Prado quando afirma:

> "É preciso que a falsa qualidade atribuída tenha nexo lógico com os requisitos exigidos para o ingresso do alienígena em território nacional. Assim, *v.g.*, configura o tipo afirmar falsamente que o estrangeiro é ministro de confissão religiosa, para propiciar sua entrada na condição do art. 13, inciso VII, da Lei nº 6.815/80. De outro lado, não haverá o crime se a atribuição da falsa qualidade nenhuma relação tem com as exigências legais ou regulamentares para admissão no território brasileiro (*v.g.*, atribuir-lhe formação universitária, quando o estrangeiro pleiteia visto de turista), porque nesse caso o falso é inócuo".[2]

Como o parágrafo único do art. 309 do Código Penal somente menciona a finalidade do agente em promover a *entrada* do estrangeiro em território nacional, ficará afastada do mencionado tipo penal a conduta do agente quando dirigida a fazer com que ele aqui *permaneça*, podendo, se for o caso, se amoldar a outra figura típica, a exemplo do art. 307 do Código Penal.

9. PENA, AÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

Para a modalidade fundamental do delito de *fraude de lei sobre estrangeiro*, comina o preceito secundário do art. 309 do Código Penal uma pena de detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

2 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 4, p. 312.

Para a modalidade qualificada, constante do parágrafo único, que foi acrescentado ao art. 309 do Código Penal pela Lei nº 9.426, de 24 de dezembro de 1996, está prevista uma pena de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, em ambas modalidades, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Capítulo 59

Falsidade em Prejuízo da Nacionalização de Sociedade

Falsidade em prejuízo da nacionalização de sociedade

Art. 310. Prestar-se a figurar como proprietário ou possuidor de ação, título ou valor pertencente a estrangeiro, nos casos em que a este é vedada por lei a propriedade ou a posse de tais bens:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *falsidade em prejuízo da nacionalização de sociedade* encontrava-se, originariamente, previsto no art. 311 do Código Penal. Com a nova redação dada pela Lei nº 9.426, de 24 de dezembro de 1996, houve renumeração do mencionado artigo, passando, agora, a figurar essa infração penal no art. 310 do Código Penal.

No entanto, embora tenha havido essa renumeração, não foi mantida a rubrica indicativa do *nomen juris* do delito, o que não nos impede de continuar usando a mesma designação para apontar a infração penal em estudo, mesmo havendo autores, a exemplo de Cezar Roberto Bitencourt, que a reconhecem pelo título de *simulação da figura de proprietário ou possuidor em nome de estrangeiro.*

Não houve, na verdade, modificação da redação constante do *preceito primário* do artigo, na qual podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de prestar-se a figurar como proprietário ou possuidor de ação, título ou valor pertencente a estrangeiro; b) nos casos em que a este é vedada por lei a propriedade ou a posse de tais bens.

Em diversas passagens, a Constituição Federal reserva a propriedade de determinados bens, por diversos motivos (segurança nacional, interesses políticos, socioeconômicos etc.) aos brasileiros natos ou, pelo menos, naturalizados. Veja-se, por exemplo, o disposto no *caput* de seu art. 222, assim redigido:

> Art. 222. A propriedade de empresa jornalística e de radiofusão sonora e de sons e imagens é privativa de brasileiros natos ou naturalizados há mais de dez anos, ou de pessoas jurídicas constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sede no País.

Por isso, a norma constante do art. 310 do Código Penal proíbe essa espécie de "simulação" em que o agente, de acordo com a redação legal, *presta-se a figurar* como proprietário ou possuidor de ação, título ou valor pertencente a estrangeiro, nos casos em que lhe é vedada por lei a propriedade ou a posse de tais bens.

O agente, na verdade, funciona como um "testa-de-ferro", também conhecido vulgarmente como "laranja", burlando, assim, as proibições constantes de nosso ordenamento jurídico.

Trata-se, portanto, de norma penal em branco, também conhecida como norma primariamente remetida, devendo o intérprete conhecer o seu complemento, onde se encontram as proibições destinadas aos estrangeiros, a fim de que ela possa ser entendida e aplicada.

Veja-se, também, como exemplos de proibições dirigidas aos estrangeiros aquelas previstas no art. 106 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980.

O agente ("testa-de-ferro" ou "laranja") pode agir gratuita ou onerosamente, ou seja, prestar-se a figurar como proprietário em troca de uma vantagem qualquer, ou mesmo levar a efeito o comportamento típico movido por um sentimento de amizade com o estrangeiro.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa de nacionalidade brasileira pode ser *sujeito ativo* do delito previsto pelo art. 310 do Código Penal, não exigindo o tipo em estudo nenhuma qualidade ou condição especial.

O sujeito passivo é o Estado.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A fé pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *falsidade em prejuízo de nacionalização de sociedade.*

O objeto material é a ação, título ou valor pertencente a estrangeiro, dos quais o agente simula ser proprietário ou possuidor.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma, segundo Noronha, "quando se dá a efetiva substituição do verdadeiro possuidor ou proprietário, isto é, quando o "homem de palha" passa a ter ou possuir aparentemente os valores que não lhe pertencem".[1]

Tratando-se de crime plurissubsistente, será possível o reconhecimento da tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *falsidade em prejuízo da nacionalização de sociedade*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

A conduta de prestar-se a figurar como proprietário ou possuidor pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser cometido via omissão imprópria na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para evitar a prática de qualquer dos comportamentos previstos pelo art. 310 do Código Penal.

8. PENA, AÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito em estudo é de detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

1 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 200.

Capítulo 60

Adulteração de Sinal Identificador de Veículo Automotor

Adulteração de sinal identificador de veículo automotor

Art. 311. Adulterar ou remarcar número de chassi ou qualquer sinal identificador de veículo automotor, de seu componente ou equipamento:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 1º Se o agente comete o crime no exercício da função pública ou em razão dela, a pena é aumentada de um terço.

§ 2º Incorre nas mesmas penas o funcionário público que contribui para o licenciamento ou registro do veículo remarcado ou adulterado, fornecendo indevidamente material ou informação oficial.

1. INTRODUÇÃO

Até o advento da Lei nº 9.426, de 24 de dezembro de 1996, não havia sido previsto em nosso ordenamento jurídico-penal o delito de *adulteração de sinal identificador de veículo automotor*, fruto de uma "nova onda de criminalidade", que teve início quando os proprietários de oficinas mecânicas, ou mesmo pessoas com habilidades no conserto de veículos, passaram a auxiliar grupos criminosos, modificando os sinais identificadores dos veículos que tinham sido objeto de infração penal (furto, roubo, receptação etc.).

A criação do delito de *adulteração de sinal identificador de veículo automotor* veio, na verdade, preencher essa lacuna, uma vez que aqueles que auxiliavam esses grupos criminosos, geralmente, ficavam impunes, pois somente intervinham após a consumação da infração penal, ou seja, após, por exemplo, a prática do furto ou do roubo, quando já não era mais possível o recurso ao

art. 29 do Código Penal, que prevê o concurso de pessoas, a não ser que o sujeito que levava a efeito a adulteração ou a remarcação do chassi, *v.g.*, fizesse parte do grupo. Até mesmo nessa hipótese, somente haveria responsabilização penal pelo delito contra o patrimônio que havia sido praticado, vale dizer, a subtração do veículo automotor.

Agora, com a criação típica do delito de *adulteração de sinal identificador de veículo automotor*, pune-se, de forma autônoma, o delito contra o patrimônio, bem como a infração penal contra a fé pública, podendo, até mesmo, se for o caso, haver o concurso de crimes.

No art. 311 do Código Penal, que prevê o delito em estudo, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de *adulterar* ou *remarcar*; b) número de chassi ou qualquer outro sinal identificador de veículo automotor, de seu componente ou equipamento.

O núcleo *adulterar* é utilizado pelo texto legal no sentido de mudar, alterar, modificar; *remarcar* significa marcar de novo, tornar a marcar. Dessa forma, ou o agente pode adulterar, por exemplo, o chassi de um automóvel, modificando apenas alguns números ou letras, ou pode remarcá-lo completamente, retirando a sua anterior identificação.

Luiz Regis Prado, fazendo a diferença entre adulteração e remarcação, com precisão, aduz que ocorre

> "a adulteração do chassi quando o agente, valendo-se de qualquer instrumento, ferramenta ou processo (mecânico, térmico, químico etc.), altera a numeração original acrescentando à letra F – para que se transforme em E, ou à letra P para transmudá-la em R, ou, ainda, ao número 3, para fazê-lo 8, ou, ainda, quando o agente subtrai partes de símbolo, letra ou caracteres, como a supressão de parte da letra L para transmudá-la em I etc.
>
> Também pode se dar a adulteração mediante o expediente conhecido por 'transplante', em que o agente seciona, recortando-a, parte do chassi ou monobloco do veículo onde está gravado o sinal, substituindo-a por outra parte contendo o sinal identificador falso, via de regra fixada com solda; ou mesmo substituindo a longarina ou outra peça suporte do sinal identificador original".[1]

Objeto material da ação do sujeito é o número do chassi ou qualquer outro sinal identificador de veículo automotor, de seu componente ou equipamento. A conduta do agente, como já esclarecido, visa não permitir a identificação

1 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 4, p. 326.

original do veículo. Cuidando sobre a identificação do veículo, os arts. 114 e 115 do Código de Trânsito brasileiro, asseveram, *verbis*:

> **Art. 114.** O veículo será identificado obrigatoriamente por caracteres gravados no chassi ou no monobloco, reproduzidos em outras partes, conforme dispuser o CONTRAN.
>
> § 1º A gravação será realizada pelo fabricante ou montador, de modo a identificar o veículo, seu fabricante e as suas características, além do ano de fabricação, que não poderá ser alterado.
>
> § 2º As regravações, quando necessárias, dependerão de prévia autorização da autoridade executiva de trânsito e somente serão processadas por estabelecimento por ela credenciado, mediante a comprovação de propriedade do veículo, mantida a mesma identificação anterior, inclusive o ano de fabricação.
>
> § 3º Nenhum proprietário poderá, sem prévia permissão da autoridade executiva de trânsito, fazer, ou ordenar que se faça, modificações da identificação de seu veículo.
>
> **Art. 115.** O veículo será identificado externamente por meio de placas dianteira e traseira, sendo esta lacrada em sua estrutura, obedecidas as especificações e modelos estabelecidos pelo CONTRAN.

Chassi é uma estrutura de aço sobre a qual se monta a carroceria de veículo motorizado. Além de adulterar ou remarcar o chassi, o art. 311 do Código Penal, determinando a realização de uma interpretação analógica, diz que a conduta do agente poderá também recair sobre qualquer outro sinal identificador de veículo automotor, de seu componente ou equipamento, a exemplo dos vidros, colunas interiores, placas etc., tal como mencionado nos arts. 114 e 115 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997.

Infelizmente, não houve previsão legal para a *supressão* de número de chassi ou qualquer sinal identificador de veículo automotor, de seu componente ou equipamento. Dessa forma, por exemplo, se o agente, em vez de adulterar ou remarcar o número do chassi, simplesmente cortá-lo ou apagá-lo completamente, impedindo a sua identificação, o fato não se amoldará ao delito em estudo, não se podendo levar a efeito a chamada analogia *in malam partem*, em obediência ao princípio da legalidade, sob a vertente do *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (podendo, também, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito tipificado no *caput* do art. 311 do Código Penal, não exigindo o tipo em estudo nenhuma qualidade ou condição especial.

O sujeito passivo é o Estado, bem como aquelas pessoas eventualmente prejudicadas com o comportamento praticado pelo agente.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A fé pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *adulteração de sinal identificador de veículo automotor.*

O objeto material é o número do chassi ou qualquer sinal identificador de veículo automotor, de seu componente ou equipamento.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, leva a efeito a adulteração ou a remarcação do número do chassi ou qualquer sinal identificador de veículo automotor, de seu componente ou equipamento.

Tratando-se de crime plurissubsistente, torna-se possível o reconhecimento da tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *adulteração de sinal identificador de veículo automotor*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos *adulterar* e *remarcar* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser cometido via omissão imprópria na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, podendo,

nada fizer para evitar a prática de qualquer dos comportamentos previstos pelo art. 311 do Código Penal.

Assim, imagine-se a hipótese em que um policial, tendo conhecimento de que em determinada oficina mecânica estava sendo realizada a adulteração de um chassi de um veículo automotor, pelo fato de ser amigo do agente que levava a efeito o comportamento criminoso, dolosamente, nada faz para impedi-lo. Nesse caso, entendemos que deverá responder, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, pelo delito tipificado no art. 311 do mesmo diploma legal, e não por simples prevaricação, tendo em vista a sua posição de garantidor.

8. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA

Prevê o § 1º do art. 311 do Código Penal causa especial de aumento de pena, dizendo:

> § 1º Se o agente comete o crime no exercício da função pública ou em razão dela, a pena é aumentada de um terço.

Conforme destaca Noronha, devemos observar que dois elementos se conjugam:

> "o fato de ser funcionário público e ter praticado o ato com alguma relação com tal condição, já que os objetivos da causa de aumento enfocada também são dois, a infidelidade para com a função pública exercida e a maior facilidade para a prática do crime, que lhe é dada pelo exercício de tal função".[2]

9. CONTRIBUIÇÃO DO FUNCIONÁRIO PÚBLICO PARA O LICENCIAMENTO OU REGISTRO DO VEÍCULO REMARCADO OU ADULTERADO

Diz o § 2º do art. 311 do Código Penal:

> § 2º Incorre nas mesmas penas o funcionário público que contribui para o licenciamento ou registro do veículo remarcado ou adulterado, fornecendo indevidamente material ou informação oficial.

Cuida-se de crime próprio, que somente pode ser praticado pelo funcionário público.

A sua conduta, no entanto, não é dirigida a adulterar ou a remarcar o número do chassi ou qualquer outro sinal identificador de veículo automotor, de seu componente ou equipamento.

[2] NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 203.

No caso em exame, o funcionário público atua no sentido de contribuir para que o agente tenha sucesso perante o órgão de trânsito, no pedido de licenciamento ou registro do veículo remarcado ou adulterado, fornecendo indevidamente material ou informação oficial.

Assim, preleciona Luiz Regis Prado:

> "Verifica-se o delito quando o agente, funcionário público, prevalecendo-se dessa condição, municia terceiro com *material* oficial (impresso, *espelhos*, papel específico para confecção de documentos, adesivos, placas ou plaquetas etc.), ou transmite-lhe *informações* (um código determinado, um número de chassi, uma senha etc.) que propiciem ao beneficiário regularizar no órgão competente o veículo cujos sinais foram adulterados, permitindo-lhe o *registro*, que é a inscrição do veículo junto ao órgão de trânsito, necessário para que ele comece a circular ou quando seja transferida a propriedade ou modificada qualquer característica etc., ou pelo *licenciamento*, que é a autorização anual de trânsito do veículo, expedida mediante fiscalização de suas condições de segurança, mecanismos de controle de poluição, manutenção de suas características etc."[3]

10. PENA E AÇÃO PENAL

A pena cominada ao delito de *adulteração de sinal identificador de veículo automotor* é de reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Se o agente comete o crime no exercício da função pública ou em razão dela, a pena é aumentada em 1/3 (um terço).

Incorre nas mesmas penas o funcionário público que contribui para o licenciamento ou registro do veículo remarcado ou adulterado, fornecendo indevidamente material ou informação oficial.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

3 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 4, p. 331-332.

CAPÍTULO 61

DAS FRAUDES EM CERTAMES DE INTERESSE PÚBLICO

Fraudes em certames de interesse público

Art. 311-A. Utilizar ou divulgar, indevidamente, com o fim de beneficiar a si ou a outrem, ou de comprometer a credibilidade do certame, conteúdo sigiloso de:

I – concurso público;

II – avaliação ou exame públicos;

III – processo seletivo para ingresso no ensino superior; ou

IV – exame ou processo seletivo previstos em lei:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem permite ou facilita, por qualquer meio, o acesso de pessoas não autorizadas às informações mencionadas no *caput*.

§ 2º Se da ação ou omissão resulta dano à administração pública:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

§ 3º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o fato é cometido por funcionário público. (NR)

1. INTRODUÇÃO

O Capítulo V (Das Fraudes em Certames de Interesse Público) foi inserido no Título X (Dos Crimes contra a Fé Pública) do Código Penal pela Lei nº 12.550, de 15 de dezembro de 2011, criando o tipo penal previsto no art. 311-A, que recebeu o mesmo *nomen juris*, vale dizer, *fraudes em certames de interesse público*.

Temos presenciado, nos últimos anos, o crescimento, principalmente, do número de pessoas interessadas em prestar concursos públicos, buscando, na maioria das vezes, a segurança, a estabilidade que um cargo público pode lhes

proporcionar. Com um mercado de trabalho tão incerto, tão inseguro, conquistar um cargo público se tornou quase que uma obsessão.

Muitos abandonam seus empregos privados, vendem seus bens, distanciam-se de seus familiares e amigos, enfim, fazem de tudo para adquirir tempo e recursos suficientes para poderem se dedicar exclusivamente aos estudos, com a finalidade de conquistar o "sonho do cargo público".

Nessa disputa, muitas vezes o "jogo" torna-se desigual. Isso porque algumas pessoas resolvem encurtar o caminho do sucesso da aprovação praticando condutas não somente imorais, como também criminosas, destinadas a burlar a seriedade do concurso público, por exemplo. Não são raras as notícias de vazamentos de gabaritos oficiais. Quando isso acontece, geralmente, todo o concurso é anulado, causando prejuízo não somente à administração pública, que teve gastos para a sua realização, como também aos demais candidatos (normalmente milhares deles), que pagaram por suas inscrições, tiveram despesas com o deslocamento para os lugares onde seriam realizados os concursos (até mesmo viajando para fora de seus Estados de origem), foram aprovados de acordo com seus méritos pessoais; enfim, o prejuízo é grande, colocando em dúvida – o que é pior – a credibilidade, a confiança que devemos ter em nossa administração pública, razão pela qual o mencionado tipo penal se encontra inserido no Título X do Código Penal, que prevê os crimes contra a fé pública.

Infelizmente, também têm sido corriqueiras as notícias de fraudes para ingresso no ensino superior. Candidatos e servidores inescrupulosos compram e vendem gabaritos oficiais, obtidos de maneira ilegal e criminosa, impedindo que aqueles que se esforçaram para conquistar uma vaga em alguma instituição de ensino superior, pública ou privada, sejam impedidos de dar início aos seus estudos.

Enfim, são inúmeras as situações de fraudes em certames de interesse público, razão pela qual, com a finalidade de inibir esses comportamentos, bem como de proteger a fé pública, foi criado o delito tipificado no art. 311-A do estatuto repressivo, cujo *caput* foi além da previsão da fraude em concurso público ou mesmo do processo seletivo para ingresso no ensino superior, dizendo, *verbis*:

> **Art. 311-A.** Utilizar ou divulgar, indevidamente, com o fim de beneficiar a si ou a outrem, ou de comprometer a credibilidade do certame, conteúdo sigiloso de:
>
> I – concurso público;
>
> II – avaliação ou exame públicos;
>
> III – processo seletivo para ingresso no ensino superior; ou
>
> IV – exame ou processo seletivo previstos em lei.

Os verbos nucleares são *utilizar* e *divulgar*. Utilizar tem o sentido de fazer uso, servir-se, efetivamente; divulgar significa tornar público, fazer conhecido a terceira pessoa. Em geral, quem pratica o núcleo utilizar é o *candidato* a uma das situações previstas pelos quatro incisos do art. 311-A do Código Penal, ou seja, aquele que pretende ter sucesso no concurso público, na avaliação ou no exame público, no processo seletivo para ingresso no ensino superior ou no exame ou processo seletivo previsto em lei. O núcleo divulgar, normalmente, é praticado pelo agente que pretende que o candidato utilize as informações de conteúdo sigiloso por ele transmitidas.

O tipo prevê o elemento normativo *indevidamente*, ou seja, para que ocorra a infração penal, é necessário que a utilização ou a divulgação do conteúdo sigiloso sejam indevidas ou não permitidas para aquela situação específica.

A utilização e a divulgação serão consideradas como indevidas quando dirigidas a beneficiar ao próprio agente ou a outrem, ou com a finalidade de comprometer a credibilidade do certame. Percebe-se, aqui, o chamado *especial fim de agir*, vale dizer, o agente atua com o objetivo de atingir qualquer uma, ou mesmo ambas, das finalidades previstas no tipo penal: beneficiar-se a si ou a outrem ou comprometer a credibilidade do certame, com a utilização ou a divulgação de conteúdo sigiloso de: concurso público, avaliação ou exames públicos, processo seletivo para ingresso no ensino superior e exame ou processos seletivos previstos em lei.

Teve o cuidado de prever a lei que a utilização ou a divulgação podem beneficiar o próprio agente ou mesmo terceira pessoa. Assim, imagine-se a hipótese, muito comum, infelizmente, nos dias de hoje, que alguém utilize informações de conteúdo sigiloso, durante um concurso público, a fim de beneficiar terceira pessoa, por quem o agente se fazia passar durante a prova. Como se percebe, o agente em nada seria beneficiado, salvo a hipótese em que tivesse recebido alguma contrapartida financeira, pois que, se aprovado, outra pessoa, que não ele, assumiria o cargo público. Também podemos citar como exemplos em que não há qualquer contrapartida financeira, como as hipóteses nas quais o agente quer tão somente beneficiar amigos, parentes, correligionários e, até, mesmo, amantes, divulgando-lhes informações de caráter sigiloso, que por eles serão utilizadas no certame.

Dessa forma, como diz o texto legal, haverá crime se essa utilização ou divulgação beneficiar o próprio agente ou terceira pessoa.

Normalmente, aquele que teve acesso às informações de conteúdo sigiloso amolda-se ao conceito de funcionário público (art. 327, § 1º, do CP), mesmo que por extensão. No entanto, pode ocorrer que o agente divulgador tenha tido acesso às informações de conteúdo sigiloso sem que fizesse parte da administração pública. As duas hipóteses estão previstas pelo tipo penal em exame, sendo que, se o agente for funcionário público, incidirá na causa especial

de aumento de pena prevista no § 3º do art. 311-A do Código Penal, ou seja, sua pena será aumentada em um terço.

Concurso público é um processo seletivo no qual a administração pública, por meio de determinados critérios objetivos, impessoais e com igualdade de condições, faz a seleção democrática de todos os interessados, permitindo o acesso a um emprego ou cargo público, conforme determina o inciso II do art. 37 da Constituição Federal, que diz, *verbis*:

> **Art. 37.** A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:
>
> I – [...];
>
> II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração;
>
> [...].

Por meio de uma análise comparativa entre os quatro incisos do art. 311-A do Código Penal, fica evidente a preocupação do legislador em não deixar fora daquele elenco qualquer tipo de certame. Assim, valeu-se de termos e expressões que, na verdade, se confundem, criando uma zona cinzenta entre eles. Por exemplo, um concurso público (inciso I) não deixa de ser uma avaliação pública ou exame público (inciso II) nem um exame ou processo seletivo previsto em lei (inciso III). Haverá situações nas quais a distinção será mais simples, como na hipótese de um concurso público, já que é mencionado expressamente pelo inciso I do art. 311-A do Código Penal. Da mesma forma, quando houver fraude no processo seletivo para ingresso no ensino superior, a exemplo do que ocorre quando alguém divulga, indevidamente, gabarito oficial para ingresso em alguma universidade, o fato se amoldará ao inciso III do referido artigo, conforme discorreremos em seguida.

As seleções públicas simplificadas para cargos públicos (temporários, por exemplo) poderiam ser questionadas como não sendo propriamente "cargo público", mas o inciso II evita essa discussão. Qualquer tipo de seleção para cargo ou função pública, efetiva ou temporária, estará abrangida pelo aludido inciso II.

O *processo seletivo para ingresso no ensino superior* é uma exigência para que alguém ingresse em qualquer universidade brasileira, depois de ter concluído

o ensino médio. Normalmente, ocorre por meio dos chamados *vestibulares*, ou seja, provas que avaliarão o candidato ao curso superior, cujas matérias são aquelas estudadas durante todo o período antecedente.

Conforme preconiza Fernando José Araújo Ferreira,

> "a nova Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional exige a realização de processo seletivo para acesso aos cursos de graduação, abertos a candidatos que tenham concluído o ensino médio ou equivalente. É direito difuso de todos os brasileiros que atendam aos requisitos legais, fundamentais ao ingresso no ensino superior, participar de um processo público seletivo legítimo (art. 44, II, Lei nº 9.394/96) bem como a educação é direito de todos e dever do Estado (CF, art. 205) e, o ensino deve subordinar-se ao princípio da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola (CF, art. 206, I).

Um processo seletivo somente será legítimo à medida que forem respeitadas todas as disposições legais pertinentes e observados todos os princípios jurídicos a que se encontram submetidas as partes".[1]

O sistema do vestibular, como forma de seleção unificada nos processos seletivos das universidades públicas federais, vem sendo substituído, em especial, pelo chamado Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM). De acordo com o Ministério da Educação,

> "a proposta tem como principais objetivos democratizar as oportunidades de acesso às vagas federais de ensino superior, possibilitar a mobilidade acadêmica e induzir a reestruturação dos currículos do ensino médio. As universidades possuem autonomia e poderão optar entre quatro possibilidades de utilização do novo exame como processo seletivo:
>
> - Como fase única, com o sistema de seleção unificada, informatizado e *on-line*;
> - Como primeira fase;
> - Combinado com o vestibular da instituição;
> - Como fase única para as vagas remanescentes do vestibular".[2]

Qualquer que seja a forma do processo seletivo para ingresso no curso superior encontra-se prevista pelo inciso III do art. 311-A do Código Penal, seja ele realizado por uma instituição pública ou privada.

1 FERREIRA, Fernando José Araújo. Processo seletivo vestibular nas universidades e faculdades particulares e a nova LDB (Lei 9.394/96). *Revista Eletrônica PRPE*, p. 2, out. 2003.

2 Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=13318&Itemid=310>. Acesso em: 17 dez. 2011.

Como se fosse uma previsão residual, com a finalidade de não permitir que qualquer fraude em certames de interesse público ficasse fora do tipo penal em estudo, foi elencado pelo inciso IV do art. 311-A do Código Penal o *exame ou processo seletivo previsto em lei.* Com todas essas previsões, fecha-se completamente o cerco, visando impedir que alguém seja indevidamente beneficiado com essas modalidades de fraude, ou mesmo que seja comprometida a credibilidade do certame, protegendo-se, portanto, a fé pública.

O § 1º do art. 311-A assevera que *nas mesmas penas incorre quem permite ou facilita, por qualquer meio, o acesso de pessoas não autorizadas às informações mencionadas no caput.*

Permitir significa atender quando lhe é solicitado, conceder. *Facilitar* tem o sentido de tornar fácil, removendo, afastando as dificuldades, seja fazendo ou mesmo deixando de fazer alguma coisa a que estava obrigado. Com a prática de um desses comportamentos, o agente faz com que terceira pessoa tenha acesso às informações de conteúdo sigiloso, que poderão ser utilizadas ou mesmo divulgadas para beneficiar alguém ou comprometer a credibilidade do certame.

A expressão *por qualquer meio*, utilizada pelo texto legal, tem a finalidade de abranger qualquer situação, positiva ou negativa, praticada pelo agente para que terceira pessoa não autorizada, com sua permissão ou facilitação, tenha acesso ao conteúdo sigiloso de: concurso público; avaliação ou exame públicos; processo seletivo para ingresso no ensino superior; ou exame ou processo seletivo previstos em lei.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum com relação ao sujeito ativo e próprio quanto ao sujeito passivo; doloso (não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa); comissivo (e também omissivo impróprio, uma vez que os comportamentos previstos pelo tipo penal podem ser praticados via omissão do agente garantidor); omissivo (no que diz respeito às condutas de *permitir* e *facilitar*, que podem ser praticadas negativamente); instantâneo, de forma livre; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte ou não transeunte (dependendo da forma como o delito é praticado, podendo ou não deixar vestígios).

3. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A fé pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *fraudes em certames de interesse público.*

Objeto material são todas as informações de conteúdo sigiloso, utilizadas ou divulgadas indevidamente pelo agente, com o fim de beneficiar a si ou a outrem, ou de comprometer a credibilidade do certame.

4. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *fraudes em certames de interesse público*, não exigindo o tipo penal *sub examen* nenhuma qualidade ou condição especial.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como aquelas pessoas (físicas ou jurídicas) que, de alguma forma, foram prejudicadas com o comportamento praticado pelo sujeito ativo.

Vale registrar, ainda, que, quando um concurso, por exemplo, é fraudado, quem nele obtém seu ingresso de forma criminosa, já que utilizou informações de conteúdo sigiloso, presume-se não ser tão competente tecnicamente quanto o outro candidato que foi preterido em sua vaga, caso não houvesse ocorrido a fraude. Logo, todo o país é prejudicado, pois terá um servidor menos qualificado. Não bastasse isso, o fraudador, como regra, ou efetuou o pagamento pela informação sigilosa, ou obteve as informações de conteúdo sigiloso em razão do seu "íntimo" relacionamento com o "poder". Na primeira hipótese, certamente fará do cargo um "balcão de negócios": se seu ingresso foi ilegal, criminoso, é natural que também utilize seu cargo com o fim de "recuperar" o dinheiro "investido" na "compra" da vaga, ou, na segunda hipótese, não terá preocupações com o bom desempenho de suas funções ou mesmo em servir ao povo que paga seus vencimentos, mediante cobrança que lhe é feita por meio dos tributos, mas sua preocupação será com aquele que lhe proporcionou ilegalmente esse cargo (o pai, o parente, o amigo etc.). Assim, embora o Estado e os prejudicados diretos sejam os sujeitos passivos mais evidentes, em última análise, toda a sociedade é vítima desse tipo de crime.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

No que diz respeito ao núcleo *utilizar*, consuma-se com a efetiva utilização do conteúdo sigiloso de concurso público, avaliação ou exames públicos, processo seletivo para ingresso no ensino superior, ou exame ou processo seletivo previstos em lei, a exemplo daquele que é surpreendido após dar início ao registro das informações ilegalmente obtidas no caderno de resposta a ser entregue à administração pública, para conferência das questões. Quanto à *divulgação*, o agente que, de alguma forma, obteve acesso ao conteúdo sigiloso, consumará a infração penal quando, indevidamente, divulgá-lo a terceira pessoa, não importando se esta última tenha ou não utilizado o mencionado conteúdo sigiloso. Assim, imagine-se a hipótese em que parlamentar, ministro, desembargador, procurador-geral de justiça etc., valendo-se do cargo que ocupavam, tenham acesso ao caderno de provas e, com a finalidade de beneficiar um filho, por exemplo, divulgue-o a ele. Nesse exato momento, ou seja, em que um terceiro, indevidamente, tomou conhecimento de conteúdo sigiloso, o crime

já poderá considerar-se como consumado, antes mesmo de sua efetiva utilização pelo beneficiado dessas informações.

A tentativa é admissível, uma vez que podemos fracionar o *iter criminis*. Assim, por exemplo, imagine-se a hipótese em que um candidato tenha sido beneficiado com o conhecimento antecipado do gabarito oficial de determinado concurso público, mas, antes de começar a transferir essas informações para o cartão de respostas, o fiscal da sala, percebendo o nervosismo do agente, vá até ele e o surpreenda com suas anotações. Nesse caso, entendemos que o delito restará tentado, e não consumado, pois que o agente ainda não havia feito a utilização efetiva das informações.

Por meio desse raciocínio, podemos perceber que não há necessidade de que o agente entregue seu cartão de respostas completamente preenchido para que a infração penal reste consumada. Basta, portanto, que pelo menos uma das questões tenha sido por ele respondida com base no conteúdo sigiloso que, de antemão, já se encontrava em seu poder. Por outro lado, se ainda não iniciado o preenchimento do cartão de respostas, mesmo que seja surpreendido com essas informações de conteúdo sigiloso, não podemos entender pela consumação do delito, mas, sim, pelo *conatus*.

Embora a prova seja um tanto quanto complicada, tecnicamente, é possível o raciocínio correspondente à tentativa no que diz respeito à divulgação indevida do conteúdo sigiloso. Assim, por exemplo, imagine-se a hipótese em que determinado agente, que já estava sendo alvo de investigação pela polícia, cujas linhas telefônicas encontravam-se judicialmente interceptadas, seja preso no exato instante em que passaria as informações sigilosas ao candidato que seria por elas beneficiado, e, antes que o candidato tivesse acesso a essas informações, o agente seja preso em flagrante. Nesse caso, como se percebe, o conteúdo não havia sido ainda divulgado, tendo o agente, no entanto, percorrido o *iter criminis* até sua última fase, vale dizer, a fase da execução, se, por exemplo, a título de imaginação, já havia retirado de seu bolso o documento com as informações sigilosas e as estava entregando nas mãos do candidato inescrupuloso, que delas não chegou a ter conhecimento, quando foram interrompidos pela polícia.

A discussão maior será em apontar quando houve o início da execução punível e quando o agente ainda se encontrava na fase dos atos de cogitação ou de preparação. Assim, a título de raciocínio, imagine-se que os policiais tenham levado a efeito a prisão do agente, que portava essas informações de conteúdo sigiloso, antes mesmo de se encontrar com o candidato, que, por meio delas, seria beneficiado. Nesse caso, poderíamos afirmar pela tentativa do delito tipificado no art. 311-A do Código Penal, ou o agente ainda se encontrava na fase dos atos preparatórios? Com certeza, teremos as duas alternativas como resposta, dependendo da corrente doutrinária que se adote. No caso em exame, acreditamos que o raciocínio correspondente aos atos preparatórios melhor

se adequaria, deixando de lado até mesmo a discussão a respeito da validade da prisão em flagrante, isto é, se poderia ser considerado simplesmente como flagrante esperado, aplicando-se, consequentemente, a Súmula nº 145 do STF, ou se seria a hipótese de crime impossível, tendo em vista que o agente se encontrava vigiado pela polícia, o que impediria que terceira pessoa tivesse acesso às informações de conteúdo sigiloso.

No que diz respeito ao § 1º do art. 311-A do Código Penal, a consumação ocorrerá quando o agente, efetivamente, permitir ou facilitar, por qualquer meio, o acesso de pessoas não autorizadas às informações mencionadas no *caput* do referido artigo. Basta, portanto, que terceira pessoa, em virtude de qualquer um desses comportamentos praticados pelo agente, tenha acesso às informações de conteúdo sigiloso, independentemente de utilizá-las ou não em algum certame.

O reconhecimento da tentativa dependerá do caso concreto apresentado, quando se poderá raciocinar sobre a possibilidade do fracionamento do *iter criminis*.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O delito de *fraudes em certames de interesse público* somente pode ser praticado dolosamente, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

A conduta deve ser dirigida finalisticamente no sentido de trazer benefício a si próprio ou a outrem, ou mesmo a de comprometer a credibilidade do certame.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

No que diz respeito aos núcleos *utilizar* e *divulgar*, previstos no *caput* do art. 311-A do Código Penal, tais comportamentos somente poderão ser praticados comissivamente. No entanto, o delito poderá ser cometido via omissão imprópria na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para evitar a prática de qualquer das condutas previstas pelo tipo penal em estudo. Assim, por exemplo, imagine-se a hipótese em que um funcionário público, encarregado de fazer a vigilância do local onde se encontrava o caderno de provas que seria utilizado em determinado concurso, perceba que seu colega, que também exercia a mesma função, ia divulgá-la a alguém com a finalidade de beneficiar um amigo de infância. O agente, mesmo podendo impedir a divulgação, nada faz. Nesse caso, deverá ser responsabilizado pelo delito tipificado no art. 311-Ado Código Penal.

Os núcleos *permitir* e *facilitar*, no entanto, cujas previsões se encontram no § 1º do mencionado artigo, podem ser cometidos tanto comissiva quanto omissivamente. Assim, imagine-se a hipótese em que alguém tenha sido encarregado da vigilância do local onde se encontravam as provas oficiais

de determinado concurso público E, com a finalidade de comprometer a credibilidade do certame, facilita o acesso de pessoas estranhas àquele local, deixando de vigiá-lo por alguns minutos, ou ele próprio abre o cofre no qual se encontrava guardado o gabarito oficial, facilitando para que estranhos a ele tivessem acesso.

8. MODALIDADES QUALIFICADAS

Diz o § 2º do art. 311-A do Código Penal:

> § 2º Se da ação ou omissão resulta dano à administração pública:
>
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Como dissemos, temos visto, com frequência, inúmeros certames sendo anulados em virtude das fraudes ocorridas. A administração pública, obrigada a refazer todo o procedimento de seleção, por exemplo, sofrerá danos com isso, uma vez que terá de devolver os valores pagos pelos candidatos que se inscreveram com a finalidade de concorrer a uma vaga prevista no edital de convocação, será obrigada a reimprimir todo o material utilizado, reunir novos avaliadores/examinadores que, geralmente são remunerados, levar a efeito o pagamento das locações utilizadas para a realização das provas, contratar empresas especializadas na organização de eventos dessa natureza. Enfim, os danos causados com a anulação de um certame, em virtude da descoberta de uma fraude, são evidentes.

Assim, dificilmente não será aplicada a modalidade qualificada quando a administração pública for a promotora do certame anulado.

9. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA

Preconiza o § 3º do art. 311-A do Código Penal:

> § 3º Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o fato é cometido por funcionário público.

Dada a localização topográfica do parágrafo em estudo, na hipótese de ser o agente funcionário público, a causa especial de aumento de pena poderá ser aplicada tanto na modalidade simples, tipificada no *caput* do art. 311-A do Código Penal, como na qualificada, prevista no § 2º do mesmo artigo.

Para efeitos de reconhecimento da qualidade de funcionário público, deverá ser aplicado o art. 327 e seu § 1º do diploma repressivo.

10. PENA, AÇÃO PENAL, SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada para o delito de *fraudes em certames de interesse público* é de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Incorre nas penas previstas no *caput* do art. 311-A do Código Penal quem permite ou facilita, por qualquer meio, o acesso de pessoas não autorizadas às informações nele mencionadas.

Se da ação ou omissão resulta dano à administração pública, a pena é de reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Aumenta-se a pena de 1/3 (um terço) se o fato é cometido por funcionário público.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, para a modalidade fundamental, prevista no *caput* e no § 1º do art. 311-A do estatuto repressivo, desde que não seja aplicável a causa especial de aumento de pena, elencada no § 3º do mencionado artigo.

11. DESTAQUES

11.1. Funcionário público

Imagine-se a hipótese em que alguém, almejando aprovação em determinado concurso, procure o funcionário público que havia ficado encarregado de guardar o gabarito oficial, e lhe ofereça determinada quantia em dinheiro para que pudesse conhecer as respostas, que seriam por ele utilizadas.

O funcionário público aceita a proposta, recebe a importância em dinheiro oferecida e permite que o candidato inescrupuloso tome conhecimento do gabarito oficial. Nessa hipótese, quais seriam as infrações penais praticadas pelo funcionário público e pelo candidato à vaga oferecida no edital do aludido concurso?

Com relação ao funcionário público, entendemos que deverá ser responsabilizado pelo crime de corrupção passiva (art. 317 do CP), em concurso material com o delito de *fraudes em certames de interesse público* (art. 311-A do CP); no que diz respeito ao candidato inescrupuloso, deverá ser responsabilizado pelo delito de corrupção ativa (art. 333 do CP) e, caso tenha feito uso ou mesmo divulgado as informações de conteúdo sigiloso a alguém, pelo crime de *fraudes em certames de interesse público* (art. 311-A do CP). Na hipótese de não ter utilizado as informações, em benefício próprio ou de terceira pessoa, ou mesmo não as ter divulgado, deverá, tão somente, responder pela corrupção ativa.

11.2. Cola eletrônica

A tecnologia tem sido utilizada como um instrumento poderoso para a prática de infrações penais. Fraudes pela *internet*, hoje em dia, são mais comuns do que os "tradicionais" estelionatos, em que o agente conhece o rosto de sua vítima, e vice-versa.

A chamada "cola eletrônica (aparelho transmissor e receptor) passou a ser frequente nos concursos públicos, provas vestibulares etc. Existe divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o tema. Determinada corrente passou a concluir pelo delito de estelionato nessas hipóteses, ou seja, aquelas em que alguém, utilizando um ponto eletrônico, após tomar conhecimento das questões, recebe todas as respostas, normalmente, de alguém especializado na matéria solicitada, ou mesmo por um crime de falsidade ideológica, enquanto nossos tribunais superiores se posicionaram no sentido de entender tal comportamento como atípico, como se pode verificar pelos seguintes julgados:

> "Fraudar vestibular, utilizando-se de cola eletrônica (aparelhos transmissor e receptor), malgrado contenha alto grau de reprovação social, ainda não possui em nosso ordenamento penal qualquer norma sancionadora (INQ 1145/STF). *Writ* concedido para reconhecer a atipicidade da 'cola eletrônica' e trancar a ação penal no que diz respeito às condutas tipificadas nos arts. 171, § 3ª e 299 do Código Penal, mantida apersecução penal em relação as demais condutas típicas e autônomas. (*HC* 39592/PI, *Habeas Corpus* 2004/0162092-7, Rel. Min. Haroldo Rodrigues [Desembargador convocado do TJ/CE], 6ª T., *DJe* 14/12/2009)

> "A 'cola eletrônica' em vestibulares não configura o tipo penal da falsidade ideológica ou de estelionato qualificado, consistindo em conduta atípica, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal (*Habeas Corpus* 88.967-1/AC, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, 1ª T., j. 6/2/2007).

Com a edição da Lei nº 12.550, de 15 de dezembro de 2011, que criou o delito de *fraudes em certames de interesse público*, aqueles que praticassem a chamada "cola eletrônica" passariam a responder pelo tipo penal previsto no art. 311-A do Código Penal? Depende. Isso porque, se o agente que está transmitindo as respostas ao receptor, ou seja, ao candidato que está participando do certame, havia tomado conhecimento do gabarito oficial e, agora, indevidamente, estava divulgando-o para que o agente receptor o utilizasse no caderno de respostas, poderemos concluir pela prática do delito de *fraudes em certames de interesse público*. Agora, se o agente que está transmitindo as respostas havia tomado conhecimento das questões, já agora públicas, por meio do receptor, e as estava respondendo de acordo com sua capacidade pessoal, a discussão ainda persistirá,

ou seja, para os nossos tribunais superiores o fato será atípico e para outra corrente poderá ser entendido como estelionato ou mesmo falsidade ideológica.

Assim, concluindo, nem sempre a chamada "cola eletrônica" conduzirá ao reconhecimento do delito tipificado no art. 311-A do Código Penal, que somente ocorrerá quando o agente estiver utilizando ou mesmo divulgando, indevidamente, as informações de conteúdo sigiloso, que beneficiarão alguém ou comprometerão a credibilidade do certame.

Capítulo 62

Dos Crimes contra a Administração Pública

1. INTRODUÇÃO

O último título da Parte Especial do Código Penal diz respeito aos *crimes contra a Administração Pública*. Nele são catalogadas algumas das infrações penais mais nefastas e devastadoras, uma vez que, geralmente, mesmo atingindo diretamente a Administração Pública, indiretamente, causam dano a um número indeterminado de pessoas, a exemplo do que ocorre com o delito de corrupção passiva, previsto no art. 317 do Código Penal.

Na maioria das vezes, a sociedade não tem ideia dos estragos causados quando um funcionário corrupto lesa o erário. Imagine-se, tão somente para efeitos de raciocínio, os danos causados por um superfaturamento de uma obra pública. O dinheiro gasto desnecessariamente na obra impede que outros recursos sejam empregados em setores vitais da sociedade, como ocorre com a saúde, fazendo com que pessoas morram na fila de hospitais por falta de atendimento, haja vista que o Estado não tem recursos suficientes para a contratação de um número adequado de profissionais, ou mesmo que, uma vez atendidas, essas pessoas não possam ser tratadas, já que faltam os necessários medicamentos nas suas prateleiras. Sem querer ir muito longe, perdemos a conta de quantas vezes já ouvimos, pela imprensa, que a merenda escolar não estava sendo oferecida na rede pública de ensino por falta de verbas.

Assim, só por amostragem, percebe-se que muitas infrações praticadas contra a Administração Pública são infinitamente mais graves do que até mesmo aquelas elencadas no Título I do Código Penal, que trata dos crimes contra a pessoa. Sem querer exagerar, mas fazendo uma radiografia dos efeitos gerados por determinados crimes praticados contra a Administração Pública, podemos afirmar que o homicida pode causar a morte de uma ou mesmo de algumas pessoas, enquanto o autor de determinados crimes contra a Administração Pública, a exemplo do que ocorre com o crime de corrupção, é um verdadeiro "exterminador", uma vez que, com o seu comportamento, pode produzir a morte de centenas de pessoas, pois não permite ao Estado cumprir com as funções sociais que lhe são constitucionalmente atribuídas.

Devemos entender o conceito de Administração Pública em seu sentido amplo, conforme preleciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto, como o "conjunto de atividades preponderantemente executórias, praticadas pelas pessoas jurídicas de direito público ou por suas delegatárias, gerindo interesses públicos, na prossecução dos fins legalmente cometidos ao Estado".[1] Nesse conceito, compreende-se tanto a Administração Direta (formada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios), como a Administração Indireta (composta pelas autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e as fundações).

A Administração Pública, conforme preconiza o *caput* do art. 37 da Constituição Federal, deve obedecer a princípios que servirão de garantia não só a ela, mas a todos os cidadãos, a exemplo, dentre outros, dos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

2. CRIMES FUNCIONAIS PRÓPRIOS E CRIMES FUNCIONAIS IMPRÓPRIOS

De acordo com os capítulos constantes do Título XI da Parte Especial do Código Penal, os crimes contra a Administração Pública podem ser praticados por particulares ou mesmo por funcionários públicos. Quando estivermos diante de crimes praticados por funcionários públicos, estes deverão ser considerados como *crimes funcionais*, devendo ser divididos em: *crimes funcionais próprios* e *crimes funcionais impróprios*.

Os *crimes funcionais próprios* são aqueles em que a qualidade de funcionário público é essencial à sua configuração, não havendo figura semelhante que possa ser praticada por quem não goza dessa qualidade, a exemplo do que ocorre com o delito de prevaricação, tipificado no art. 319 do Código Penal. Por outro lado, há infrações penais que tanto podem ser cometidas pelo funcionário público como por aquele que não goza desse *status*, a exemplo do que ocorre com o peculato-furto, previsto no art. 312, § 1º, do Código Penal, que encontra semelhança com o art. 155 do mesmo diploma legal, denominando-os, aí, impróprios.

Importante frisar, ainda, a norma constante do art. 30 do Código Penal, que diz:

> **Art. 30.** Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

Assim, mesmo os crimes funcionais próprios poderão, dependendo da hipótese concreta, ser atribuídos ao terceiro que não goza dessa qualidade, desde que seja de seu conhecimento que o outro agente se amolda ao conceito de funcionário público, aplicando-se, portanto, a regra correspondente ao concurso de pessoas.

1 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*, p. 90.

3. CONCEITO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO

O Código Penal, em seus arts. 327 e 337-D, entendeu por bem definir, respectivamente, o conceito de funcionário público e de funcionário público estrangeiro, espancando qualquer dúvida que porventura pudesse surgir sem a referida definição legal.

Assim, preceituam o art. 327 e parágrafos do Código Penal:

> **Art. 327.** Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.
>
> § 1º Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.
>
> § 2º A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

Funcionário público, portanto, para efeitos penais, não somente é aquele ocupante de um *cargo*, que poderíamos denominar de funcionário público em sentido estrito, mas também aquele que exerce emprego ou função pública. *Emprego público* é a expressão utilizada para efeitos de identificação de uma relação funcional regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, geralmente para o exercício de atividades temporárias. *Função*, de acordo com as precisas lições de José dos Santos Carvalho Filho, "é a atividade em si mesma, ou seja, função é sinônimo de atribuição e corresponde às inúmeras tarefas que constituem o objeto dos serviços prestados pelos servidores públicos".[2]

O exercício de uma função pública, ou seja, aquela inerente aos serviços prestados pela Administração Pública, não pode ser confundido com múnus público, entendido como encargo ou ônus conferido pela lei e imposto pelo Estado em determinadas situações, a exemplo do que ocorre com os tutores, curadores etc.

O § 1º, acrescentado ao art. 327 pela Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000, criou o chamado funcionário público por equiparação, passando a gozar desse *status* o agente que exerce cargo, emprego ou função em entidades paraestatais (aqui compreendidas as autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e fundações instituídas pelo Poder Público), bem como aquele que

2 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*, p. 362.

trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública. Conforme esclarece Luiz Regis Prado,

> "*empresa*, no sentido do texto, tanto pode ser firma individual como sociedade prestadora de serviço. Assim, além dos agentes já enunciados, o legislador pretendeu alcançar, com a inovação normativa, também os funcionários de empresas privadas que estejam exercendo serviço próprio do Estado [...]. Citem-se o exemplo do administrador do hospital privado que presta atendimento a segurado da Previdência Social, além de tantos outros casos de exercício de atividade típica da Administração Pública".[3]

O § 2º foi acrescentado ao art. 327 do Código Penal pela Lei nº 6.799, de 23 de junho de 1980, criando uma majorante (aumento em um terço da pena), a ser aplicada no terceiro momento do critério trifásico previsto pelo art. 68 do Código Penal, na hipótese em que os autores dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral forem ocupantes de *cargos em comissão,* ou seja, aqueles que, na definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, são "vocacionados para serem ocupados em caráter transitório por pessoa de confiança da autoridade competente para preenchê-los, a qual também pode exonerar *ad nutum*, isto é, livremente, quem os esteja titularizando",[4] para cujo provimento não há necessidade de concurso público, ou de *função de direção* ou *assessoramento* de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo Poder Público.

A Lei nº 10.467, de 11 de junho de 2002, acrescentou o Capítulo II-A, que prevê os crimes praticados por particular contra a Administração Pública estrangeira, ao Título XI da Parte Especial do Código Penal, relativo aos crimes contra a Administração Pública. Como nos artigos em que foram previstos os crimes de *corrupção ativa em transação comercial internacional* e *tráfico de influência em transação comercial internacional* havia, como elemento dos aludidos tipos penais, a figura do *funcionário público estrangeiro,* a lei penal, procurando evitar as divergências sobre a interpretação desse conceito, resolveu explicitá-lo dizendo, em seu art. 337-D e parágrafo único, *verbis*:

> **Art. 337-D.** Considera-se funcionário público estrangeiro, para os efeitos penais, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública em entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro.

3 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 4, p. 502.

4 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 147.

> **Parágrafo único.** Equipara-se a funcionário público estrangeiro quem exerce cargo, emprego ou função em empresas controladas, diretamente ou indiretamente, pelo Poder Público, de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.

Como se percebe, o conceito de funcionário público estrangeiro em muito se parece com aquele previsto pelo art. 327 do Código Penal. Sua diferença, no entanto, reside no fato de que, de acordo com a previsão constante do *caput* do art. 337-D, o exercício do cargo, emprego ou função deve ser levado a efeito em *entidades estatais* ou em *representações diplomáticas de país estrangeiro. Entidades estatais*, nos termos definidos por Hely Lopes Meirelles, "são pessoas jurídicas de Direito Público que integram a estrutura constitucional do Estado e têm poderes políticos e administrativos".[5] A expressão *representações diplomáticas de país estrangeiro* diz respeito, conforme preleciona Guilherme de Souza Nucci,

> "ao conjunto de representantes de governo estrangeiro junto a um Estado. [...]. Abrange, naturalmente, os indivíduos do próprio Estado, nomeados por governo estrangeiro para representá-lo, desde que haja a concordância daquele. Um brasileiro, por exemplo, pode ser indicado por cônsul de país estrangeiro, para representá-lo em território nacional, devendo, então, ser incluído no conceito de funcionário público estrangeiro, para efeito de aplicação deste artigo. Note-se, ademais, que todo o corpo de funcionários administrativos e técnicos das embaixadas e consulados também se inclui nessa categoria de agentes diplomáticos. Aliás a Convenção de Viena lhes confere imunidade idêntica à que possuem os diplomatas".[6]

O parágrafo único do art. 337-D equipara a funcionário público, para efeitos penais, aquele que exerce cargo, emprego ou função em empresas controladas, diretamente ou indiretamente, pelo Poder Público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais, a exemplo da ONU, OMS, FMI etc.

4. PROCEDIMENTO PREVISTO PARA OS CRIMES PRATICADOS POR FUNCIONÁRIO PÚBLICO

Quando estivermos diante de crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração Pública deverá ser aplicado o procedimento previsto nos arts. 513 a 518 do Código de Processo Penal. Conforme esclarece Tourinho Filho,

5 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 62.

6 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 1051.

"o Código de Processo Penal, cuidando dos crimes de responsabilidade de funcionários públicos, neste capítulo, refere-se, exclusivamente, aos delitos funcionais, próprios ou impróprios. E, para que não houvesse nenhuma dúvida quanto a essa particularidade, o art. 513 fala de 'crimes de responsabilidade dos funcionários públicos, cujo processo e julgamento *competirão aos juízes de direito*'.

Esses crimes estão elencados nos arts. 312 a 326 do CP, com aquela norma de encerramento prevista no art. 327, dando o conceito de funcionário público para efeitos penais".[7]

5. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVA E PENAL

O inciso I do art. 92 do Código Penal assevera ser também um efeito da condenação a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a 1 (um) ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública; b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

Aqui, como se percebe, estamos diante de uma condenação, isto é, a Justiça Penal chegou à conclusão de que o fato praticado pelo funcionário público era típico, ilícito e culpável. Essa condenação trará consequências que deverão ser expressamente mencionadas pelo julgador em seu ato decisório. Poderá a Administração Pública, ainda, mesmo diante de condenações que não se amoldem às situações anteriores, aplicar uma sanção de natureza administrativa a seu funcionário, podendo se consubstanciar, de acordo com os incisos do art. 127 da Lei nº 8.112, de 11 de setembro de 1990, em: I) advertência; II) suspensão; III) demissão; IV) cassação de aposentadoria ou disponibilidade; V) destituição de cargo em comissão; e VI) destituição de função comissionada.

No entanto, pode o funcionário público ter sido absolvido na esfera penal. Nesse caso, tal como acontece com a decisão condenatória, a sentença absolutória poderia gerar algum efeito em seu benefício, vinculando, por exemplo, a Administração Pública no sentido de impedir a aplicação de qualquer outra sanção de natureza administrativa?

O que se quer discutir, na verdade, é a independência das instâncias administrativa e penal. Comparativamente, a sanção administrativa é *minus* em relação àquela de natureza penal. Como preleciona Hungria,

7 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*, v. 2, p. 162.

"a autonomia do poder disciplinar só se entende com os fatos que constituem, exclusivamente, faltas disciplinares. Fora daí, só é admissível a ação disciplinar, no caso de absolvição do acusado no juízo penal, quando, embora afastada a identificação do fato imputado como crime, persista, residualmente, uma falta disciplinar. Apenas por esse *residuum* poderá subsistir ou funcionar a instância administrativo-disciplinar".[8]

6. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E CRIMES CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Existe controvérsia quanto à possibilidade de aplicação do princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública. Entendemos, com a devida *venia*, que não podemos fechar as portas do princípio simplesmente por estarmos diante de crimes dessa natureza. O caso concreto, observado de acordo também com o princípio da razoabilidade, é que determinará sobre a possibilidade ou não do reconhecimento do mencionado princípio.

Assim, a título de exemplo, imagine-se a hipótese em que um funcionário público subtraia de sua repartição uma caixa de *clips*, ou mesmo algumas folhas de papel para rascunho. Não seria razoável puni-lo com uma pena, correspondente ao crime de peculato-furto, que varia ente um mínimo de 2 (dois) e um máximo de 12 (doze) anos de reclusão, por esse comportamento.

Por outro lado, mesmo que seja essa a posição dominante nos Tribunais Superiores, não podemos concordar com a aplicação do princípio da insignificância, por exemplo, em sonegações de impostos de valores elevados, mesmo que esses valores não atinjam o piso mínimo para cobrança, exigido pela Administração Pública como, reiteradamente, vem decidindo o STF, conforme julgado abaixo:

"O montante de impostos supostamente devido pelo paciente é inferior ao mínimo legalmente estabelecido para a execução fiscal, não constando da denúncia a referência a outros débitos em seu desfavor, em possível continuidade delitiva. Ausência, na hipótese, de justa causa para a ação penal, pois uma conduta administrativamente irrelevante não pode ter relevância criminal. Princípios da subsidiariedade, da fragmentariedade, da necessidade e da intervenção mínima que regem o Direito Penal. Inexistência de lesão ao bem jurídico penalmente tutelado" (STF, *HC* 92438/PR, 2ª T., Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 19/8/2008).

8 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 324-325.

7. DIVISÃO DO TÍTULO XI DA PARTE ESPECIAL DO CÓDIGO PENAL

O Título XI da Parte Especial do Código Penal é composto pelos seguintes capítulos:

Capítulo I – *Dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral* (arts. 312 a 327);

Capítulo II – *Dos crimes praticados por particular contra a administração em geral* (arts. 328 a 337-A);

Capítulo II-A – *Dos crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira* (arts. 337-B a 337-D);

Capítulo III – *Dos crimes contra a administração da justiça* (arts. 338 a 359);

Capítulo IV – *Dos crimes contra as finanças públicas* (arts. 359-A a 359-H); e

Disposições finais (arts. 360 e 361).

Faremos, a seguir, a análise individualizada das infrações penais constantes dos mencionados capítulos.

Capítulo 63
Peculato

Peculato

Art. 312. Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1º Aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.

Peculato culposo

§ 2º Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

§ 3º No caso do parágrafo anterior, a reparação do dano, se precede à sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta.

1. INTRODUÇÃO

A palavra *peculato* tem sua origem no Direito romano, onde a subtração de coisas pertencentes ao Estado, segundo Hungria, "chamava-se *peculatus* ou *depeculatus*, sendo este o *nomen juris* oriundo do tempo anterior à introdução da moeda, quando os bois e carneiros (*pecus*), destinados aos sacrifícios, constituíam a riqueza pública por excelência".[1]

O art. 312 do Código Penal, inserido no Capítulo I, correspondente aos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral, prevê

1 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 332.

quatro modalidades do delito de peculato, a saber: a) peculato-apropriação (primeira parte do *caput* do art. 312); b) peculato-desvio (segunda parte do *caput* do art. 312); c) peculato-furto (§ 1º); e d) peculato culposo (§ 2º).

Assim, nos termos da redação constante do art. 312, *caput*, do Código Penal, podemos destacar os seguintes elementos: a) a conduta de se apropriar o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, do qual tem a posse em razão do cargo; b) ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio.

O chamado *peculato-apropriação* encontra-se no rol dos *delitos funcionais impróprios*, haja vista que, basicamente, o que o especializa em relação ao delito de apropriação indébita, previsto pelo art. 168 do Código Penal, é o fato de ser praticado por funcionário público, em razão do cargo. A conduta praticada pelo funcionário público, isto é, pelo *intraneus*, em virtude da quebra ou abuso da confiança nele depositada pela Administração Pública, sofre um juízo de reprovação em muito superior àquele que é levado a efeito contra o particular (*extraneus*), conforme se verifica nas penas cominadas às duas infrações penais, uma vez que para o delito de peculato prevê a lei penal uma pena de reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa, enquanto que para a apropriação indébita a pena é de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

A conduta núcleo, portanto, constante da primeira parte do art. 312 do Código Penal, é o verbo *apropriar*, que deve ser entendido no sentido de *tomar como propriedade, tomar para si, apoderar-se* indevidamente de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse ou a detenção (embora o artigo só faça menção expressa àquela), em razão do cargo. Aqui, o agente inverte o título da posse, agindo como se fosse dono, vale dizer, com o chamado *animus rem sibi habendi*.

O objeto material da conduta do agente, de acordo com a redação típica, é o dinheiro (cédulas e moedas aceitas como pagamento), valor (tudo aquilo que pode ser convertido em dinheiro, vale dizer, todo documento ou papel de crédito que pode ser negociado, a exemplo das notas promissórias, ações, apólices etc.) ou qualquer outro bem móvel (isto é, um bem passível de remoção e, consequentemente, de apreensão pelo agente).

Não importa, ainda, a natureza do objeto material, isto é, se *público* ou *privado*. Assim, pratica o delito de peculato o funcionário público que se apropria tanto de um bem móvel pertencente à Administração Pública quanto de outro bem, de natureza particular, que se encontrava temporariamente apreendido ou mesmo guardado.

O importante, para efeito de configuração do delito em estudo, é que o funcionário público tenha se apropriado do dinheiro, valor ou bem móvel, seja ele público ou particular, de que *tem a posse em razão do cargo*. Isso significa que o sujeito tinha uma *liberdade desvigiada* sobre a coisa em virtude do cargo por ele ocupado. Conforme lições de Hungria,

> "a preexistente posse deve ter-se operado *em razão do cargo*, isto é, faz-se mister uma íntima relação de causa e efeito entre o *cargo e a posse*. Não basta que a *res* tenha sido confiada *contemplatione officii*: é preciso que a sua entrega ao funcionário resulte de mandamento legal (*ex vi legis*) ou, pelo menos, de inveterada praxe, não proibida por lei. Se na apropriação indébita a coisa é confiada ou entregue voluntariamente, no peculato a posse ou detenção resulta da confiança imposta pela lei como indispensável ao cargo exercido pelo agente. Assim, se confio particularmente dinheiro ao meu vizinho e amigo Tício, que é fiel tesoureiro na repartição do *Imposto de Renda*, para que pague aí o meu débito fiscal, e ele se apropria da quantia, há apropriação indébita, e não peculato. A confiança, deve merecê-la o agente, não por sua qualidade genérica de funcionário público, mas porque titular do cargo que o torna competente, na ocasião, para o recebimento e consequente posse. Atente-se que a lei fala 'em razão do cargo', e não 'em razão do exercício de função pública', cumprindo que não confunda múnus público com cargo público".[2]

Dessa forma, posse e cargo devem ter uma relação direta, ou seja, uma relação de causa e efeito. Não é pelo fato de ser funcionário público que o sujeito deve responder pelo delito de peculato se houver se apropriado, por exemplo, de uma coisa móvel, mas, sim, pela conjugação do fato de que somente obteve a posse da coisa em virtude do cargo por ele ocupado. Aquele que não tinha atribuição legal para ter a posse sobre a *res* pode praticar outra infração penal que não o delito de peculato, podendo, até mesmo, responder pelo delito de apropriação indébita, furto ou mesmo peculato-furto, já que, se não tinha qualquer poder sobre a coisa, pois ocupante de cargo que não lhe proporcionava essa condição, a liberdade sobre ela exercida poderá ser considerada como vigiada, importando, dependendo da hipótese concreta a ser apresentada, em subtração e não em apropriação.

O agente deverá, ainda, ocupar legalmente um cargo público, ou seja, ter sido nele investido corretamente, de acordo com as determinações legais, pois, caso contrário, não se configurará o delito em estudo.

A segunda parte do art. 312 do Código Penal prevê o *peculato-desvio*. Aqui, o agente não atua com *animus rem sibi habendi*, ou seja, não atua no sentido de inverter a posse da coisa, agindo como se fosse dono, mas sim desvia o dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, em proveito próprio ou alheio. Conforme esclarece Noronha,

> "desviar é *desencaminhar* e *distrair*. É a destinação *diversa* que o agente dá à coisa, em proveito seu ou de outrem. Ao invés do destino *certo* e *determinado* do bem de que tem a posse,

2 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 340.

> o agente lhe dá outro, *no interesse próprio* ou de *terceiro*, já que, se for em proveito da própria administração, não poderá haver desvio de verba.
>
> Tal proveito pode ser *material* (como se o funcionário empresta o dinheiro que deve ter sob sua guarda, percebendo, então, os juros) ou *moral* (quando, p. ex., o empréstimo de dinheiro é sem juros, visando o funcionário a recompensa de outra nautereza)".[3]

As duas modalidades de peculato previstas pelo *caput* do art. 312 do Código Penal são conhecidas como *peculato próprio*, haja vista ter o agente a posse (ou mesmo a detenção) sobre o dinheiro, valor ou qualquer outro bem, em virtude do cargo.

No entanto, existe outra modalidade de peculato, prevista pelo § 1º do art. 312 do Código Penal, reconhecida como *imprópria*, que ocorre na hipótese do chamado *peculato-furto*, uma vez que o mencionado parágrafo aduz que *aplica-se a mesma pena, se o funcionário público, embora não tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito próprio ou alheio, valendo-se da facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionário.*

Aqui também nos encontramos diante de um *delito funcional impróprio*, haja vista que sua distinção fundamental com o delito de furto reside no fato de que o funcionário, para efeitos de subtração do dinheiro, valor ou bem, deve valer-se da facilidade que lhe proporciona essa qualidade, pois, caso contrário, haverá a desclassificação para o delito tipificado no art. 155 do Código Penal.

O § 1º do art. 312 do Código Penal, ao contrário do que ocorre com o art. 155 do mesmo diploma legal, utiliza não somente o verbo *subtrair*, mas também *concorrer* para que seja subtraído o objeto material já citado. Assim, pode o agente, ele próprio, levar a efeito a subtração, retirando, por exemplo, o bem pertencente à Administração Pública, ou simplesmente *concorrer* para que terceiro o subtraia, a exemplo daquele que convence o vigia de determinada repartição a sair do local onde o bem se encontrava guardado, com a desculpa de irem tomar um café, a fim de que o terceiro possa ali ingressar e subtrair o bem.

Ao contrário do que ocorre com as modalidades de peculato próprio (*peculato-apropriação e peculato-desvio*), no peculato impróprio basta que o agente, funcionário público, tenha se valido dessa qualidade para fins de praticar a subtração ou concorrido para que terceiro a praticasse. Essa

3 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 222. Vale registro a posição de Guilherme de Souza Nucci (*Código penal comentado*, p. 978), quando diz que, sob a rubrica *funcionário que recebe dinheiro ou outro valor de particular e aplica na própria repartição*, "comete peculato-desvio, pois o valor foi destinado ao Estado, não sendo da esfera de atribuição do funcionário, sem autorização legal, aplicá-lo na repartição, ainda que para a melhoria do serviço público. Qualquer investimento nos prédios públicos depende de autorização e qualquer recebimento de vantagem exige a incorporação oficial ao patrimônio do Estado. Se receber valores indevidos, porque os solicitou ao particular, ingressa no contexto da corrupção passiva, ainda que os aplique na própria repartição onde trabalha".

situação é fundamental para o reconhecimento do delito em estudo, cuja pena, comparativamente ao delito de furto, é significativamente mais grave, em virtude do maior juízo de censura, de reprovabilidade, em razão da quebra ou abuso da confiança que nele era depositada pela Administração Pública.

Imagine-se a hipótese do funcionário que, almejando subtrair um *notebook* existente na repartição na qual exercia suas funções, durante a noite, arromba a porta situada nos fundos do prédio público e, rapidamente, dirige-se até a sua sala, conseguindo levar consigo mencionado bem sem que o vigia pudesse perceber a sua movimentação. Nesse caso, pergunta-se: Qual foi a facilidade que lhe proporcionou a qualidade de funcionário para que pudesse realizar a aludida subtração? Nenhuma. Na verdade, atuou como um agente comum, arrombando a porta daquele prédio como outra pessoa qualquer.

A título de raciocínio, suponhamos, agora, que o agente, funcionário, atuando com a mesma finalidade de subtrair o mencionado computador, dirija-se, à noite, ao prédio no qual exercia suas funções, apresentando-se ao vigia, que já o conhecia, alegando ter esquecido um documento importante em sua sala, razão pela qual havia ali retornado para pegá-lo. O vigia, por já conhecer o referido funcionário, que, até mesmo, havia feito questão de apresentar sua carteira funcional, permite-lhe, tranquilamente, o acesso ao prédio, onde o agente, colocando o *notebook* em sua pasta, o subtrai, levando-o consigo. Nesse exemplo, o funcionário valeu-se dessa qualidade para obter sucesso na subtração, razão pela qual deverá ser responsabilizado pelo delito de peculato-furto.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime próprio no que diz respeito ao *sujeito ativo* (pois somente o funcionário público pode praticá-lo) e comum quanto ao sujeito passivo (uma vez que não somente a Administração Pública pode figurar nessa condição, como qualquer pessoa que tenha sido prejudicada com o comportamento praticado pelo sujeito ativo); doloso e culposo (haja vista que o § 2º do art. 312 do Código Penal prevê a modalidade culposa de peculato); comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); material; de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte (como regra, pois em algumas situações será possível a realização de prova pericial).

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Crime próprio, o peculato exige que o *sujeito ativo* seja funcionário público, ressalvando-se, contudo, a possibilidade de o particular também poder figurar nessa condição, em virtude da norma constante do art. 30 do Código Penal.

O sujeito passivo é o Estado, bem como a pessoa física ou jurídica diretamente prejudicada com a conduta praticada pelo sujeito ativo.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de peculato.

O objeto material é o dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

No peculato-apropriação o delito se consuma quando o agente inverte a posse, agindo como se fosse dono, praticando qualquer dos comportamentos já mencionados quando do estudo da infração penal tipificada no art. 168 do Código Penal; no que diz respeito ao peculato-desvio, seu momento consumativo ocorre quando o agente, segundo Noronha, "dá a coisa destino diverso, quando a emprega em fins outros que não o próprio ou regular, agindo em proveito dele mesmo ou de terceiro";[4] já no peculato-furto, ocorre a consumação quando o agente consegue levar a efeito a subtração do dinheiro, valor ou bem, desde que mantenha a posse tranquila sobre a coisa, mesmo que por curto espaço de tempo, tal como ocorre com a consumação do delito de furto.

Tratando-se de delitos plurissubsistentes, será possível o raciocínio relativo à tentativa, desde que, na hipótese concreta, exista possibilidade de fracionamento do *iter criminis*.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

Os delitos de peculato-apropriação, peculato-desvio e peculato-furto podem ser praticados dolosamente, devendo o funcionário público atuar no sentido de levar a efeito a apropriação, o desvio ou a subtração do dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular.

Existe previsão para a modalidade de natureza culposa, conforme se verifica no § 2º do art. 312 do Código Penal.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos constantes do art. 312, *caput* e § 1º pressupõem um comportamento comissivo. No entanto, será possível a prática do delito via omissão imprópria quando o agente, garantidor, dolosa ou culposamente, nada fizer para impedir a prática de qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo penal em estudo. Assim, imagine-se a hipótese em que um funcionário público, exercendo as funções de vigia de determinada repartição pública, ao perceber que outro funcionário, valendo-se da facilidade que lhe proporcionava essa qualidade, estava levando a efeito a subtração de um bem pertencente à Administração

4 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 224.

Pública, dolosamente, podendo, nada faz para impedir a consumação da infração penal. Nesse caso, também deverá ser responsabilizado pelo delito de peculato-furto, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. MODALIDADE CULPOSA

No § 2º do art. 312 do Código Penal existe a previsão para a modalidade culposa de peculato, *verbis*:

> § 2º Se o funcionário concorre culposamente para o crime de outrem:
>
> Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

Com a previsão do peculato culposo procura-se fazer com que o funcionário público atue com a diligência que lhe é exigida na preservação do dinheiro, valor ou qualquer outro bem público, ou mesmo particular, confiado à Administração Pública. Dessa forma, será responsabilizado o funcionário que, deixando de observar o seu necessário e exigível dever objetivo de cuidado, vier, com o seu comportamento, a concorrer para que terceiro se aproprie, desvie ou subtraia qualquer dos objetos acima mencionados.

Verifica-se, portanto, a contribuição culposa do funcionário, na prática de um delito de natureza dolosa, levado a efeito por outrem.

No entanto, devemos observar que para que ocorra o peculato culposo não há necessidade de que o delito principal tenha sido praticado também por outro funcionário. Pode ocorrer que um particular venha praticar uma subtração de um bem móvel pertencente à Administração Pública, em virtude da negligência de um funcionário, não se podendo afastar, com isso, a responsabilização deste último pelo delito de peculato culposo. Assim, imagine-se a hipótese na qual um funcionário, negligentemente, se esqueça de guardar uma máquina fotográfica pertencente a um órgão público, encarregado de levar a efeito algumas perícias, para as quais a sua utilização se fazia necessária, deixando-a sobre um balcão de atendimento. Um terceiro, que não era funcionário público, ao perceber que a referida máquina ali se encontrava, a subtrai. O particular deverá responder pelo delito de furto, enquanto o funcionário negligente será responsabilizado pelo delito de peculato culposo.

9. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Se o funcionário público que concorre culposamente para o crime de outrem vier a reparar o dano até a sentença irrecorrível, será extinta a punibilidade; se a reparação lhe for posterior, a pena será reduzida de metade, nos termos preconizados pelo § 3º do art. 312 do Código Penal.

A norma do mencionado parágrafo é especial em relação ao art. 16 do Código Penal, que prevê o instituto do arrependimento posterior. Assim, se o funcionário negligente, por exemplo, vier a reparar o dano antes mesmo do recebimento da denúncia, será aplicado o § 3º do art. 312 do Código Penal, com a consequente extinção da punibilidade, e não o art. 16 do mesmo diploma legal, que possibilita, tão somente, a redução de um a dois terços na pena aplicada.

Por sentença irrecorrível devemos entender tanto a decisão de primeiro grau, proferida pelo juízo monocrático, quanto o acórdão do Tribunal. Esse será o nosso marco para concluirmos pela extinção da punibilidade ou pela aplicação da minorante.

10. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA

Determina o § 2º do art. 327 do Código Penal, *verbis*:

> § 2º A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

11. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

Para os delitos de peculato-apropriação, peculato-desvio e peculato-furto, previstos no *caput* e no § 1º do art. 312 do Código Penal, comina a lei penal uma pena de reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Para a modalidade culposa de peculato, constante do § 2º do art. 312 do Código Penal, a pena é de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano. Nesse caso, a reparação do dano, se precede a sentença irrecorrível, extingue a punibilidade; se lhe é posterior, reduz de metade a pena imposta, conforme preconiza o § 3º do art. 312 do mesmo artigo.

A pena será aumentada da terça parte, conforme determina o § 2º do art. 327 do Código Penal, nas hipóteses nele previstas.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito de peculato culposo, em virtude da pena máxima cominada em abstrato, que não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível, também, no peculato culposo, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

12. DESTAQUES

12.1. Peculato de uso

Tal como ocorre com os delitos de apropriação indébita e furto, não se pune o chamado *peculato de uso*, podendo, no entanto, ser o agente responsabilizado por um ilícito de natureza administrativa, que poderá trazer como consequência uma sanção da mesma natureza.

Poderá, no entanto, configurar-se em ato de improbidade administrativa, a exemplo do que ocorre com o inciso IV do art. 9º da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a utilização, em obra ou serviço particular, de veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas pelo art. 1º da aludida lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

O uso de bens, rendas ou serviços públicos configura-se, no entanto, em crime de responsabilidade, quando o sujeito ativo for prefeito, nos termos do inciso II do art. 1º do Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967.

12.2. Reparação do dano e peculato doloso

Embora não haja previsão para a extinção da punibilidade em caso de reparação do dano quando o agente tiver praticado qualquer das modalidades dolosas de peculato, poderá ser beneficiado com o instituto do arrependimento posterior na hipótese de ter, voluntariamente, reparado o dano até o recebimento da denúncia, diminuindo-se a pena de um a dois terços. Se a reparação do dano for levada a efeito após o recebimento da denúncia, mas antes do julgamento, poderá ser aplicada a circunstância atenuante prevista no art. 65, III, *b*, do Código Penal.

12.3. Consolidação das Leis do Trabalho

Diz o art. 552 da CLT, *verbis*:

> **Art. 552.** Os atos que importem em malversação ou dilapidação do patrimônio das associações ou entidades sindicais ficam equiparados ao crime de peculato julgado e punido na conformidade da legislação penal. *(Redação dada pelo Decreto-Lei nº 925, de 10/10/1969)*

Capítulo 64

Peculato Mediante erro de Outrem

Peculato mediante erro de outrem

Art. 313. Apropriar-se de dinheiro ou qualquer utilidade que, no exercício do cargo, recebeu por erro de outrem:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

1. INTRODUÇÃO

O art. 313 do Código Penal prevê o *peculato mediante erro de outrem*, também reconhecido como *peculato-estelionato*. De acordo com a redação legal, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de se apropriar de dinheiro ou qualquer utilidade; b) que fora recebida por erro de outrem; e c) no exercício do cargo.

A conduta núcleo é o verbo *apropriar,* que deve ser entendido no sentido de *tomar como propriedade, tomar para si, apoderar-se* indevidamente. Essa conduta tem como objeto material o *dinheiro*, isto é, cédulas e moedas aceitas como pagamento, ou *qualquer utilidade*, vale dizer, tudo aquilo que pode servir para uso, consumo ou proveito econômico ou que pode ser avaliado em dinheiro, uma vez que, conforme alerta Hungria, "em qualquer de suas *variantes*, o peculato não pode deixar de revestir feição patrimonial".[1]

Determina o tipo penal em estudo que o dinheiro ou a utilidade deve ter sido recebido pelo agente em virtude do erro de outrem. O erro aqui mencionado deve, a seu turno, ser entendido como o conhecimento equivocado da realidade. A vítima, acreditando que, por exemplo, estivesse levando a efeito corretamente o pagamento de um tributo, a quem de direito, o entrega ao agente, que não tinha competência para recebê-lo. Conforme salienta Hungria,

> "é indiferente a causa do erro: ignorância, falso conhecimento, desatenção, confusão etc. Pode ele versar: a) sobre a competência

1 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 353.

> do funcionário para receber; b) sobre a obrigação de entregar ou prestar; c) sobre o *quantum* da coisa a entregar (a entrega é excessiva, apropriando-se o agente do excesso). O *tradens* pode ser um *extraneus* ou mesmo outro funcionário (também no exercício de seu cargo). Pode acontecer que o funcionário *accipiens* venha a dar pelo erro do *tradens* só posteriormente ao recebimento, seguindo-se, só então, a indébita apropriação *(dolus superveniens)*".[2]

A maioria de nossos doutrinadores, a exemplo do próprio Hungria, entende que o erro deve ser *espontâneo*, isto é, não provocado pelo sujeito ativo, pois, caso contrário, poderia haver desclassificação para outra figura típica, a exemplo do crime de estelionato ou mesmo concussão. Contudo, ousamos discordar dessa posição. Isso porque a lei penal não limita que o mencionado erro seja espontâneo, somente fazendo menção ao fato de que o agente tenha recebido o dinheiro ou qualquer utilidade mediante o erro de outrem.

Como a hipótese é similar ao delito de estelionato, especializado pelo fato de se tratar de funcionário público, no exercício de cargo, não vemos motivo para afastar o delito quando o erro vier a ser provocado pelo agente, e reconhecer a infração penal quando este for espontâneo. Estamos, portanto, com Guilherme de Souza Nucci quando esclarece que o "importante é que exista apropriação de dinheiro ou outra utilidade decorrente de *erro* de terceiro, pouco importando se esse equívoco nasceu espontaneamente ou foi induzido pelo agente receptor".[3]

É importante que o agente, no entanto, saiba que se apropria indevidamente de coisa que lhe foi entregue por erro, pois, caso contrário, seu dolo restará afastado. Assim, imagine-se a hipótese do agente, funcionário público que recebe, em sua conta-corrente uma quantia muito superior àquela correspondente aos seus subsídios e, supondo que se tratava de alguma parcela indenizatória que havia sido depositada em sua conta-corrente, gasta todo o valor que lhe fora creditado quando, na realidade, a Administração Pública havia se equivocado quanto aos valores que lhe eram devidos. Nesse caso, não se poderá falar em crime de peculato mediante erro de outrem, por ausência do necessário elemento subjetivo.

Dessa forma, o agente, para que responda pelo delito em estudo, deverá saber que o dinheiro ou qualquer utilidade por ele recebida, no exercício do cargo, se deve ao erro de outrem.

Como já deixamos antever, também exige o tipo penal que o agente receba o objeto material em virtude do *exercício do cargo*. Caso o agente, mesmo que momentaneamente, esteja fora do exercício do cargo, o delito poderá se configurar em estelionato.

2 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 354.

3 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 981.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime próprio no que diz respeito ao *sujeito ativo* (pois somente o funcionário público pode praticá-lo) e comum quanto ao sujeito passivo (uma vez que não somente a Administração Pública pode figurar nessa condição, como qualquer pessoa que tenha sido prejudicada com o comportamento praticado pelo sujeito ativo); doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte (como regra, pois em algumas situações será possível a realização de prova pericial).

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Crime próprio, o *peculato mediante erro de outrem* exige que o *sujeito ativo* seja funcionário público.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como a pessoa física ou jurídica diretamente prejudicada com a conduta praticada pelo sujeito ativo.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de peculato mediante erro de outrem.

O objeto material do delito em estudo é o dinheiro ou qualquer outra utilidade de que se tenha apropriado o funcionário, que o recebeu por erro de outrem, no exercício do cargo.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, se apropria de dinheiro ou utilidade que, no exercício do cargo, recebeu por erro de outrem, ou, vale dizer, quando o agente, após receber o objeto material, atua com *animus rem sibi habendi*, agindo como se fosse dono.

Tratando-se de crime plurissubsistente, será possível o raciocínio correspondente à tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *peculato mediante erro de outrem*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Assim, a conduta do agente deve ser dirigida finalisticamente no sentido de se apropriar de dinheiro ou qualquer utilidade, induzindo ou mantendo a vítima em erro.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo *apropriar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria quando o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para impedir a prática do delito em estudo, por ele devendo responder nos termos preconizados pelo art. 13, § 2º, do Código Penal.

Assim, imagine-se a hipótese daquele que, percebendo que seu inferior hierárquico mantém a vítima em erro, permitindo que ela lhe entregue determinada importância em dinheiro, dolosamente, podendo, nada faz para evitar a prática do delito, devendo, outrossim, responder pela mesma infração penal, em virtude da sua função de garantidor.

8. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA

Determina o § 2º do art. 327 do Código Penal, *verbis*:

> § 2º A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

9. PENA, AÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de peculato mediante erro de outrem é de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

A pena será aumentada da terça parte, conforme determina o § 2º do art. 327 do Código Penal, nas hipóteses nele previstas.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

CAPÍTULO 65

INSERÇÃO DE DADOS FALSOS EM SISTEMA DE INFORMAÇÕES

Inserção de dados falsos em sistema de informações

Art. 313-A. Inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa

1. INTRODUÇÃO

O delito de *inserção de dados falsos em sistema de informações* foi introduzido ao Código Penal por intermédio da Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000, que criou o art. 313-A como mais uma modalidade de peculato, reconhecido como *peculato eletrônico*, em razão do modo pelo qual o delito é praticado.

Assim, de acordo com a redação da mencionada figura típica, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de *inserir* ou *facilitar*, o funcionário público, a inserção de dados falsos; b) ou *alterar* ou *excluir* indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou banco de dados da Administração Pública; c) atuando, sempre, com a finalidade especial de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano.

Inicialmente, prevê o tipo penal dois comportamentos: ou é o próprio funcionário autorizado quem *insere* dados falsos, ou seja, é ele quem introduz, coloca, inclui, ou *facilita* para que terceira pessoa leve a efeito sua inserção.

Na segunda modalidade de comportamento previsto pelo tipo, a conduta do funcionário autorizado é dirigida no sentido de *alterar* (mudar, modificar) *ou excluir* (remover, afastar, eliminar), indevidamente, dados verdadeiros.

Note-se que a lei se vale do elemento normativo *indevidamente*, ou seja, somente quando a alteração dos dados corretos não for devida é que se poderá configurar o comportamento típico.

Dados, sejam eles falsos ou verdadeiros, são os elementos de informação ou representação de fatos ou de instruções, em forma apropriada para armazenamento, processamento ou transmissão por meios automáticos.

Levando a efeito a distinção entre *banco de dados e sistema informatizado*, Guilherme de Souza Nucci esclarece que este último

> "é o conjunto de elementos, materiais ou não, coordenados entre si, que funcionam como uma estrutura organizada, tendo a finalidade de armazenar e transmitir dados, através de computadores. Pode significar uma rede de computadores ligados entre si, por exemplo, que transmitem informações uns aos outros, permitindo que o funcionário de uma repartição tome conhecimento de um dado, levando-o a deferir o pagamento de um benefício ou eliminar algum que esteja sendo pago. O *sistema informatizado* é peculiar de equipamentos de informática, podendo possuir um banco de dados de igual teor. Assim, a diferença existente entre o sistema informatizado e o banco de dados é que o primeiro sempre se relaciona aos computadores, enquanto o segundo pode ter, como base, arquivos, fichas e papéis não relacionados à informática".[1]

Para que ocorra a infração penal em estudo, o agente deve atuar com uma finalidade especial, entendida, pela maioria da doutrina, como um elemento subjetivo que transcende ao dolo, vale dizer, a finalidade de obter vantagem indevida (de qualquer natureza, podendo, até mesmo, não ter conotação econômica) para si ou para outrem ou para causar dano.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime próprio no que diz respeito ao *sujeito ativo* (pois somente o funcionário público pode praticá-lo) e comum quanto ao sujeito passivo (uma vez que não somente a Administração Pública pode figurar nessa condição, como qualquer pessoa que tenha sido prejudicada com o comportamento praticado pelo sujeito ativo); doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); formal; de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Crime próprio, somente o funcionário público autorizado pode figurar como *sujeito ativo* do delito de *inserção de dados falsos em sistema de informações*, tipificado no art. 313-A do Código Penal. Note-se, como dissemos, que a lei

1 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 982.

exige além da qualidade de funcionário público, seja ele *autorizado*, isto é, tenha acesso, por meio de senha ou outro comando, a uma área restrita, não aberta a outros funcionários e, tampouco, ao público em geral. Isso não impede, contudo, que o funcionário público autorizado atue em concurso com outro funcionário (não autorizado), ou mesmo um particular, devendo todos responder pela mesma infração penal, nos termos do art. 29 do Código Penal.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como a pessoa física ou jurídica diretamente prejudicada com a conduta praticada pelo sujeito ativo.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *inserção de dados falsos em sistema de informações*, especificamente no que diz respeito à proteção das informações constantes de seus sistemas informatizados ou banco de dados.

O objeto material do delito em estudo são os dados, falsos ou mesmo verdadeiros, constantes dos sistemas informatizados ou banco de dados.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, insere, ou facilita que terceiro insira dados falsos, ou quando altera ou exclui indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com a finalidade de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano, não sendo necessária a ocorrência desses resultados para efeitos de reconhecimento da consumação, sendo, pois, considerados como mero exaurimento do crime, que terão influência no momento da fixação da pena.

Tratando-se de delito plurissubsistente, torna-se possível o raciocínio relativo à tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *inserção de dados falsos em sistema de informações*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Deverá o agente, no entanto, ao praticar qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo, atuar finalisticamente no sentido de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano.

Além disso, deverá conhecer todos os elementos que integram a figura típica em estudo, pois, caso contrário, poderá ser alegado o erro de tipo. Assim, imagine-se a hipótese do agente que, equivocadamente, insere dados falsos acreditando

serem verdadeiros, ou mesmo aquele que exclui dados verdadeiros acreditando estar agindo corretamente, e não indevidamente, conforme prevê o art. 313-A do Código Penal. Nesses casos, o erro de tipo, seja ele escusável ou inescusável, terá o condão de eliminar o dolo, afastando-se, consequentemente, a própria infração penal, em virtude da ausência da modalidade de natureza culposa.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos *inserir*, *facilitar* a inserção, *alterar* e *excluir* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria quando o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para impedir a prática do delito em estudo, por ele devendo responder nos termos preconizados pelo art. 13, § 2º, do Código Penal.

Assim, imagine-se a hipótese daquele que, percebendo que seu inferior hierárquico estava levando a efeito a inserção de dados falsos nos sistemas informatizados da Administração Pública, dolosamente, podendo, nada faz para interromper a conduta do agente, pois também era sua intenção causar dano a terceiro. Nesse caso, deverá ser responsabilizado pelo delito em estudo, conforme preconiza o já referido art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA

Determina o § 2º do art. 327 do Código Penal, *verbis*:

> § 2º A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

9. PENA E AÇÃO PENAL

A pena cominada ao delito de *inserção de dados falsos em sistema de informações* é de reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

A pena será aumentada da terça parte, conforme determina o § 2º do art. 327 do Código Penal, nas hipóteses nele previstas.

10. DESTAQUE

10.1. Crime eleitoral

O art. 72 da Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997, tipifica o seguinte comportamento:

> **Art. 72.** Constituem crimes, puníveis com reclusão, de cinco a dez anos:
>
> I – obter acesso a sistema de tratamento automático de dados usados pelo serviço eleitoral, a fim de alterar a apuração ou a contagem de votos;
>
> II – desenvolver ou introduzir comando, instrução, ou programa de computador capaz de destruir, apagar, eliminar, alterar, gravar ou transmitir dado, instrução ou programa ou provocar qualquer outro resultado diverso do esperado em sistema de tratamento automático de dados usados pelo serviço eleitoral;
>
> III – causar, propositadamente, dano físico ao equipamento usado na votação ou na totalização de votos ou a suas partes.

Trata-se, portanto, de norma especial comparativamente àquela constante do art. 313-A do Código Penal.

Capítulo 66

Modificação ou Alteração Não Autorizada de Sistema de Informações

Modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações

Art. 313-B. Modificar ou alterar, o funcionário, sistema de informações ou programa de informática sem autorização ou solicitação de autoridade competente:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. As penas são aumentadas de um terço até a metade se da modificação ou alteração resulta dano para a Administração Pública ou para o administrado.

1. INTRODUÇÃO

Tal como ocorreu com o tipo penal analisado, o delito de *modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações* foi inserido no Capítulo I (Dos Crimes Praticados por Funcionário Público contra a Administração em Geral) do Título XI da Parte Especial do Código Penal pela Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000, acrescentando o art. 313-B.

De acordo com a redação do mencionado artigo, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de *modificar* ou *alterar*, o funcionário; b) sistema de informações ou programa de informática; c) sem autorização ou solicitação de autoridade competente.

Dissertando sobre os núcleos *modificar* e *alterar*, Luiz Regis Prado observa, com precisão:

> "Embora os dicionários apontem tais palavras como sinônimas, denotando um sentido de mudança, observa-se que, no sentido do texto, a ação de modificar expressa uma transformação

> radical no programa ou no sistema de informações, enquanto na alteração, embora também se concretize uma mudança no programa, ela não chega a desnaturá-lo totalmente."[1]

As condutas previstas pelo tipo penal em estudo devem ser praticadas por funcionário público, tratando-se, pois, de crime próprio. Ao contrário do que ocorre com o tipo penal constante do art. 313-A, que exigia uma qualificação especial do funcionário (que deve ser aquele autorizado a fazer a inserção dos dados), basta, aqui, a qualidade de funcionário, não exigindo o tipo do art. 313-B seja ele a pessoa autorizada, normalmente, a levar a efeito as modificações ou alterações no sistema de informações ou programas de informática.

Os objetos materiais das condutas praticadas são o sistema de informações ou programa de informática. Por *sistema de informações* podemos entender o sistema que manipula informações por meio de uso de banco de dados; *programa de informática* é o *software*. O art. 1º da Lei nº 9.609, de 19 de fevereiro de 1998, definiu o conceito de *programa de computador*, dizendo ser ele *a expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de emprego necessário em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.*

Para que se configure a infração penal *sub examen*, a conduta de modificar ou alterar deve ter sido levada a efeito sem que o funcionário tivesse autorização ou solicitação da autoridade competente.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime próprio no que diz respeito ao *sujeito ativo* (pois somente o funcionário público pode praticá-lo) e comum quanto ao sujeito passivo (uma vez que não somente a Administração Pública pode figurar nessa condição, como qualquer pessoa que tenha sido prejudicada com o comportamento praticado pelo sujeito ativo); doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Crime próprio, somente o funcionário público pode ser *sujeito ativo* do delito de *modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações*, tipificado no art. 313-B do Código Penal.

[1] PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 4, p. 377.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como a pessoa física ou jurídica diretamente prejudicada com a conduta praticada pelo sujeito ativo.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações*.

O objeto material do delito em estudo é o sistema de informações ou o programa de informática modificado ou alterado pelo funcionário sem que, para tanto, tenha havido autorização ou solicitação da autoridade competente.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, modifica ou altera sistema de informações ou programa de informática sem autorização ou solicitação de autoridade competente.

Tratando-se de crime plurissubsistente, no qual pode ser fracionado o *iter criminis*, será possível o reconhecimento da tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações*, não havendo previsão legal para a modalidade de natureza culposa.

O agente, no caso concreto, deve saber que modifica ou altera sistema de informação ou programa de informática sem a necessária autorização ou solicitação da autoridade competente, pois, caso contrário, se tiver um conhecimento equivocado dessa situação, poderá ser alegado o erro de tipo, excluindo-se o dolo e, consequentemente, a própria infração penal, como no caso daquele que, por exemplo, levou a efeito a modificação de um sistema de informações acreditando que tal fato tinha sido determinado pela autoridade competente.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos *modificar* e *alterar* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria quando o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para impedir a prática do delito em estudo, por ele devendo responder nos termos preconizados pelo art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO DE PENA

Diz o parágrafo único do art. 313-B do Código Penal:

> **Parágrafo único.** As penas são aumentadas de 1/3 (um terço) até a metade se da modificação ou alteração resulta dano para a Administração Pública ou para o administrado.

Também determina o § 2º do art. 327 do Código Penal, *verbis*:

> § 2º A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

Nesse caso, ou seja, em virtude da possibilidade de existência de concurso de causas de aumento de pena, ambas previstas na Parte Especial do Código Penal, deverá o julgador, nos termos do parágrafo único do art. 68 do mesmo diploma legal, limitar-se a somente uma delas, prevalecendo, no entanto, aquela que prevê maior aumento.

9. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações* é de detenção, de 3(três) meses a 2 (dois) anos, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

A pena será aumentada de um terço até a metade se da modificação ou alteração resulta dano para a Administração Pública ou para o administrado, havendo previsão também de outra majorante, nos termos do § 2º do art. 327 do Código Penal.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito de *modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações*, tendo em vista que a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Capítulo 67

Extravio, Sonegação ou Inutilização de Livro ou Documento

> **Extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento**
>
> **Art. 314.** Extraviar livro oficial ou qualquer documento, de que tem a guarda em razão do cargo; sonegá-lo ou inutilizá-lo, total ou parcialmente:
>
> Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

1. INTRODUÇÃO

O art. 314 do Código Penal prevê o delito de *extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento*. Assim, de acordo com a redação da mencionada figura típica, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de *extraviar livro oficial* ou qualquer *documento;* b) de que tem a *guarda* em razão do *cargo*; c) *sonegá-lo* ou *inutilizá-lo*, total ou parcialmente.

O núcleo *extraviar* é utilizado pelo texto legal no sentido de desencaminhar, perdendo-se do destino; *sonegar* dá a ideia de ocultar, sumir, não entregar, omitir; *inutilizar* tem o significado de tornar inútil, imprestável, podendo ocorrer a destruição, total ou parcial.

As condutas devem ter como objeto material *livro oficial* (aquele criado por lei, em sentido amplo, para determinada finalidade de registro) ou *documento*. Conforme esclarece Hungria,

> "para que o *livro oficial* ou *documento* (público ou particular) seja idôneo objeto material do crime do art. 314, basta que, de qualquer modo, afete o interesse administrativo ou de qualquer serviço público, ou de particulares. Ainda que represente simples valor histórico ou sirva apenas a expediente

> burocrático. Estão em jogo, *in exemplis*, os livros de escrituração das repartições públicas ou de registros, os 'protocolos', os papéis de arquivos ou de museus, relatório, plantas, projetos, representações, queixas formalizadas, pareceres, provas escritas de concurso, propostas de concorrência pública, autos de processos administrativos etc.".[1]

O tipo penal em exame exige, ainda, para efeitos de sua configuração, que quaisquer dos comportamentos praticados sejam levados a efeito pelo agente ocupante de um cargo, cujas atribuições digam respeito à guarda do livro oficial ou documento. Assim, somente o funcionário público encarregado, *ratione officii*, pode praticar o delito de *extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento*. Outro funcionário público, ou mesmo um particular (*extraneus*), que venha a praticar qualquer dos comportamentos elencados pelo tipo penal do art. 314 poderá, ser for o caso, ser responsabilizado pelo crime previsto no art. 337 do diploma repressivo, ou, dependendo da hipótese concreta, pelo crime de dano qualificado.

O delito de *extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento* encontra-se no rol daqueles considerados *expressamente subsidiários*, somente se aplicando se o fato não constitui crime mais grave, a exemplo do que ocorre quando o agente pratica o comportamento tipificado no art. 305 do Código Penal.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime próprio no que diz respeito ao *sujeito ativo* (pois somente o funcionário público pode praticá-lo) e comum quanto ao sujeito passivo (uma vez que não somente a Administração Pública pode figurar nessa condição, como qualquer pessoa que tenha sido prejudicada com o comportamento praticado pelo sujeito ativo); doloso; comissivo quando o agente praticar os comportamentos de *extraviar* e *inutilizar* (podendo, nesses casos, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal) e omissivo no que diz respeito à conduta de *sonegar*; de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte (como regra).

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Crime próprio, somente o funcionário público pode ser *sujeito ativo* do delito de *extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento*, tipificado no art. 314 do Código Penal.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como a pessoa física ou jurídica diretamente prejudicada com a conduta praticada pelo sujeito ativo.

1 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 355-356.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento*.

O objeto material do delito é o livro oficial ou documento.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, extravia livro oficial ou documento, de que tem a guarda em razão do cargo, ou quando os sonega ou os inutiliza, total ou parcialmente.

Tratando-se de crime plurissubsistente, será possível o raciocínio relativo à tentativa. Note-se, no entanto, que a inutilização parcial do livro oficial ou documento terá o condão de fazer com que se reconheça a consumação, e não a tentativa, por disposição expressa do tipo penal em estudo.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento*, não havendo previsão legal para a modalidade de natureza culposa.

Para que ocorra o delito *sub examen*, o agente deverá ter pleno conhecimento de todos os elementos que integram o tipo penal do art. 314 do Código Penal, pois, caso contrário, poderá ser arguido o erro de tipo. Assim, imagine-se a hipótese do funcionário público que inutiliza um livro pertencente à repartição pública na qual exerce suas funções, desconhecendo sua natureza de *livro oficial*. Nesse caso, o fato poderá ser desclassificado para o delito de dano qualificado, tipificado no art. 163, parágrafo único, III, do Código Penal, pois, embora não o entendendo como *oficial*, tinha conhecimento de que pertencia à Administração Pública.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos *extraviar* e *inutilizar* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente; ao contrário, o verbo *sonegar* nos permite raciocinar com a chamada omissão própria.

8. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA

Determina o § 2º do art. 327 do Código Penal, *verbis*:

> § 2º A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de

direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

9. PENA, AÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento* é de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

A pena será aumentada da terça parte, conforme determina o § 2º do art. 327 do Código Penal, nas hipóteses nele previstas.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

10. DESTAQUE

10.1. Inutilização ou sonegação praticada por advogado ou procurador

Se a inutilização ou sonegação for praticada por advogado ou procurador, o fato poderá amoldar-se à figura típica do art. 356 do Código Penal, que diz:

> **Art. 356.** Inutilizar, total ou parcialmente, ou deixar de restituir autos, documento ou objeto de valor probatório, que recebeu na qualidade de advogado ou procurador:
>
> Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

Não se poderia cogitar, nesse caso, de punir o agente pelo delito previsto no art. 314 do Código Penal, uma vez que essa figura típica exige que a conduta praticada pelo agente seja levada a efeito em virtude do *cargo*, como vimos em nossa introdução.

Capítulo 68

Emprego Irregular de Verbas ou Rendas Públicas

Emprego irregular de verbas ou rendas públicas

Art. 315. Dar às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

1. INTRODUÇÃO

A Administração Pública, como vimos, é regida por diversos princípios, podendo-se destacar entre eles os princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência, previstos pelo art. 37 da Constituição Federal.

A atividade do administrador público, portanto, é limitada e vinculada a uma série de princípios que, se não forem observados, importarão na aplicação de sanções de diversas naturezas (administrativa, civil ou penal).

Embora todos os princípios mencionados sejam de extrema importância para a gestão da coisa pública, o princípio da legalidade tem destaque especial. Isso porque o administrador público não tem liberdade absoluta para fazer aquilo que bem entende, como se estivesse à frente de uma "empresa privada". Suas atividades estão ligadas diretamente às determinações legais. É o povo, mediante um sistema representativo, em última análise, quem decide como será a administração, aprovando normas que servirão de orientação obrigatória ao administrador público.

Conforme as precisas lições de Cláudio Brandão de Oliveira,

> "a legalidade, como princípio da Administração, não se confunde com a legalidade, no sentido que se expressa para os particulares. Na vida privada, impera a noção de liberdade dos atos e contratos, que serão válidos, ainda que praticados de uma forma livre, desde que a lei não exija determinada solenidade como sendo essencial.

No Direito Administrativo, a legalidade é interpretada de outra forma. Os atos decorrentes da atividade administrativa do Estado só serão válidos, quando praticados de acordo com a lei. O administrador público não goza da mesma liberdade aplicada aos particulares, aplicando-se a regra [...] da indisponibilidade do interesse público".[1]

Em resumo, ao particular é permitido fazer tudo o que a lei não proíbe, enquanto o administrador público só pode fazer aquilo que a lei determina.

O art. 315 do Código Penal prevê uma infração penal ligada àqueles que empregam irregularmente verbas ou rendas públicas. Assim, de acordo com a mencionada figura típica, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de dar às verbas ou rendas públicas; b) aplicação diversa da estabelecida em lei.

O núcleo *dar* é utilizado pelo texto legal no sentido de empregar, canalizar, utilizar. A conduta do agente tem como objeto material as *verbas* ou *rendas públicas*. *Verbas*, conforme esclarece Fragoso, "são os fundos que a lei orçamentária destina aos serviços públicos ou de utilidade pública (dotações e subvenções). *Rendas* são todos os dinheiros recebidos pela Fazenda Pública, seja qual for a sua origem".[2]

O agente, portanto, dá às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei. A palavra *lei*, de acordo com o texto do artigo em estudo, deve ser entendida no seu sentido estrito, abrangendo as leis complementares e as leis ordinárias, além da própria Constituição Federal, considerada fundamento de validade de todas as leis. Veja-se, nesse último caso, o disposto no *caput* do art. 212 da Constituição Federal, que diz:

> **Art. 212.** A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

Discorrendo sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

> "Emprego irregular de verba destinada por decreto. Crime não caracterizado.
>
> A norma do art. 315 do CP não pune irregularidades administrativas, mas o comportamento do administrador que desvia numerário de meta especificada em lei – requisito que não se materializa nos casos em que o orçamento da pessoa de direito público é aprovado não por lei, mas por decreto do próprio Executivo" (*RT* 617/396).

1 OLIVEIRA, Cláudio Brandão de. *Manual de direito administrativo*, p. 44.

2 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*, v. II, p. 406.

Cuida-se, portanto, de norma penal em branco, pois haverá necessidade de se conhecer o complemento para efeitos de verificação da infração penal.

Assim, concluindo com Luiz Regis Prado,

> "o emprego irregular, portanto, de verba ou renda pública implica a alteração do seu destino legalmente fixado numa das leis já explicitadas, não podendo o administrador público nem mesmo invocar eventual *superavit* para alterar a aplicação de tais recursos, já que atua com plena submissão à lei e ao Direito. Admite-se, excepcionalmente, uma causa de justificação, fundamentada no estado de necessidade, quando o administrador, por não ter tempo de obter autorização legislativa, tenha que desviar alguma renda para o atendimento, *v.g.*, das necessidades de um hospital da rede pública, com o intuito de evitar danos irreparáveis à comunidade".[3]

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime próprio no que diz respeito ao *sujeito ativo* (pois somente o funcionário público pode praticá-lo) e comum quanto ao sujeito passivo (uma vez que não somente a Administração Pública pode figurar nessa condição, como qualquer pessoa que tenha sido prejudicada com o comportamento praticado pelo sujeito ativo); doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte (podendo, dependendo do caso concreto, ser procedida perícia para efeitos de constatação da infração penal, quando, então, poderá ser considerado não transeunte).

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Crime próprio, somente o funcionário público pode ser *sujeito ativo* do delito de *emprego irregular de verbas ou rendas públicas*, tipificado no art. 315 do Código Penal, devendo o mencionado funcionário ter o poder para gerir, administrar as verbas ou rendas públicas, sendo, portanto, o responsável pelo seu emprego nos moldes determinados pela lei, a exemplo do que ocorre com o Presidente da República, Ministros de Estado, Governadores, Secretários de Estado, enfim, qualquer daquelas pessoas responsáveis pela administração das verbas ou rendas públicas, mesmo em entidades paraestatais. Com relação aos Prefeitos, se desviar, ou aplicar indevidamente, rendas ou verbas públicas,

3 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 4, p. 390-391.

será aplicado o Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, que regulou especificamente a matéria.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como a pessoa física ou jurídica diretamente prejudicada com a conduta praticada pelo sujeito ativo.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *emprego irregular de verbas ou rendas públicas*.

O objeto material do delito são as verbas ou rendas públicas.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Consuma-se o delito em estudo quando o agente, efetivamente, dá às verbas ou rendas públicas aplicação diversa da estabelecida em lei.

Tratando-se de crime plurissubsistente, será possível o raciocínio relativo à tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *emprego irregular de verbas ou rendas públicas*, não havendo previsão legal para a modalidade de natureza culposa.

Assim, se o agente, por engano, interpretando equivocadamente um determinado diploma legal, por exemplo, aplica uma verba pública em destino diverso do determinado pela lei, o fato não se subsumirá à figura típica em exame, podendo, no entanto, se configurar em um ilícito de natureza administrativa.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo *dar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria quando o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para impedir a prática do delito em estudo, por ele devendo responder nos termos preconizados pelo art. 13, § 2º, do Código Penal.

Assim, imagine-se a hipótese em que um governador, sabendo que seu secretário de Estado daria destino diverso do determinado por lei a uma verba pública, dolosamente, podendo, nada faz para impedir a conduta praticada pelo agente, devendo, portanto, responder pela mesma infração penal, tendo em vista sua posição de garantia.

8. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA

Determina o § 2º do art. 327 do Código Penal, *verbis*:

> § 2º A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

9. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena para o delito de *emprego irregular de verbas ou rendas públicas* é de detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Dependendo de quem seja o sujeito ativo, se não houver a aplicação do foro por prerrogativa de função quando, por exemplo, o julgamento competir ao Tribunal de Justiça do Estado a que pertence o administrador público, ou mesmo ao Supremo Tribunal Federal, tratando-se do Presidente da República, o Juizado Especial Criminal poderá ser o competente para o processo e julgamento do delito de *emprego irregular de verbas ou rendas públicas*, tendo em vista que a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Capítulo 69

Concussão

Concussão

Art. 316. Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Excesso de exação

§ 1º Se o funcionário público exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

§ 2º Se o funcionário desvia, em proveito próprio ou de outrem, o que recebeu indevidamente para recolher aos cofres públicos:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

1. INTRODUÇÃO

Apesar do gradativo processo de desmoralização pelo qual as autoridades públicas vêm passando nos últimos anos, fato é que, em muitos casos, ainda subsiste aquilo que é evidenciado por meio da expressão latina *metus publicae potestatis*, que traduz a situação em que o cidadão atua com reverência e temor quando está diante de uma autoridade pública.

Geralmente, causa certo desconforto ao cidadão de bem estar diante de uma autoridade pública. Imagine-se o fato de ser inquirido por uma autoridade policial, por um juiz de Direito, no gabinete do Ministério Público, ou ser autuado por um fiscal. Querendo ou não, são situações que demonstram a força da autoridade legalmente constituída.

Muitos, infelizmente, abusam de sua autoridade. Dessa forma, quando ultrapassam os limites impostos pela lei, o comportamento deles pode, até mesmo, se configurar em uma infração penal, como acontece com o delito de *concussão*, tipificado no art. 316 do Código Penal.

Podemos dizer, *grosso modo*, que concussão e corrupção passiva são "delitos irmãos". A diferença fundamental entre as duas figuras típicas reside, basicamente, no modo como são praticadas. Analisaremos, por agora, a modalidade fundamental do delito de concussão e, em tópicos próprios, as infrações penais constantes dos parágrafos do art. 316 do diploma repressivo.

Analisando os elementos que integram a figura típica em exame, podemos apontar: a) a conduta de exigir, para si ou para outrem; b) direta ou indiretamente; c) ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela; d) vantagem indevida.

O núcleo exigir é utilizado pelo texto legal no sentido de impor, ordenar, determinar. Essa exigência, segundo Hungria, pode ser:

> "formulada *diretamente, a viso aperto* ou *facie ad faciem*, sob a ameaça explícita ou implícita de represálias (imediatas ou futuras), ou *indiretamente*, servindo-se o agente de interposta pessoa, ou de velada pressão, ou fazendo supor, com maliciosas ou falsas interpretações, ou capciosas sugestões, a legitimidade da exigência. Não se faz mister a promessa de infligir um mal determinado: basta o temor genérico que a autoridade inspira. Segundo advertia Carrara, sempre concorre a influir sobre a vítima o *metus publicae potestatis*. Para que o receio seja incutido, não é necessário que o agente se ache na atualidade de exercício de função: não deixará de ocorrer ainda quando o agente se encontre licenciado ou até mesmo quando, embora já nomeado, ainda não haja assumido a função ou tomado posse do cargo. O que se faz indispensável é que a exigência se formule *em razão da função*. Cumpre que o agente proceda, franca ou tacitamente, em função de autoridade, invocando ou insinuando a sua qualidade".[1]

Devemos olhar com mais cuidado para a expressão *ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela*. Isso porque devemos afirmar que o agente, quando da prática do comportamento típico, já gozava do *status* de funcionário público, mesmo não estando no exercício de sua função. O importante, frisamos, é que ele já seja considerado funcionário público, utilizando-se, para tanto, o conceito previsto pelo art. 327 e seu § 1º, do Código Penal. Dessa forma, não poderá ser responsabilizado pelo crime de concussão o funcionário *aposentado*, pois a sua situação não se amolda a nenhuma das duas previstas pelo tipo penal, devendo, portanto, responder por outra infração penal, a exemplo do crime de extorsão.

Discute-se, ainda, a respeito da natureza da *indevida vantagem* exigida pelo funcionário. Alguns doutrinadores, a exemplo de Damásio de Jesus, aduzem

1 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 361.

que a vantagem pode ser "patrimonial ou econômica, presente ou futura, beneficiando o próprio agente ou terceiro".[2] A segunda posição advoga a tese ampla do conceito de indevida vantagem. Mirabete preconiza que, "referindo-se a lei, porém, a *qualquer* vantagem e não sendo a concussão crime patrimonial, entendemos, como Bento de Faria, que a vantagem pode ser expressa por dinheiro ou qualquer outra utilidade, seja ou não de ordem patrimonial, proporcionando um lucro ou proveito".[3]

Acreditamos assistir razão à segunda posição, que adota um conceito amplo de vantagem indevida. Isso porque, conforme esclarecido por Mirabete, não estamos no Título do Código Penal correspondente aos crimes contra o patrimônio, o que nos permite ampliar o raciocínio a fim de entender que a vantagem indevida, mencionada no texto do art. 316 do Código Penal, pode ter qualquer natureza (sentimental, moral, sexual etc.).

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime próprio no que diz respeito ao *sujeito ativo* (pois somente o funcionário público pode praticá-lo) e comum quanto ao sujeito passivo (uma vez que não somente a Administração Pública pode figurar nessa condição, como qualquer pessoa que tenha sido prejudicada com o comportamento praticado pelo sujeito ativo); doloso; formal; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; unissubsistente ou plurissubsistente (dependendo do modo como o delito é praticado, poderá ou não ser fracionado o *iter criminis*); transeunte (como regra).

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Crime próprio, somente o funcionário público pode ser *sujeito ativo* do delito de *concussão*, tipificado no art. 316 do Código Penal.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como a pessoa física ou jurídica diretamente prejudicada com a conduta praticada pelo sujeito ativo.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *concussão*.

O objeto material é a vantagem indevida.

2 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, v. 4, p. 141.

3 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*, v. 3, p. 315.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Tendo em vista sua natureza de crime formal, o delito de concussão se consuma quando o agente *exige*, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida. Assim, caso venha a, efetivamente, receber a vantagem indevida, tal fato será considerado mero exaurimento do crime, que se consumou no momento da sua exigência.

Nesse sentido, nossos Tribunais Superiores tem decidido reiteradamente:

> "Crime de concussão: é crime formal, que se consuma com a exigência. Irrelevância no fato do não recebimento da vantagem indevida" (STF, *HC* 74009/MS, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, publicado no *DJ* em 14/3/97).

Discute-se, no entanto, a possibilidade de ocorrência da tentativa. Hungria, taxativamente, afirma não ser admissível a tentativa, pois, "ou é feita a exigência, e o crime se consuma; ou deixa de ser feita, e nada mais poderá haver que uma intenção não exteriorizada".[4]

Apesar da autoridade do grande penalista, ousamos dele discordar. Isso porque não é pelo fato de ser a concussão um crime formal, considerado de consumação antecipada que a tentativa restará inviabilizada. O que temos que verificar no caso concreto, para efeito de reconhecimento da tentativa, é a possibilidade de fracionamento do *iter criminis*. Dessa forma, estamos com Noronha quando afirma que, realmente, a regra será a impossibilidade da tentativa; "porém, casos haverá em que a extorsão ficará em grau de tentativa, sempre que não se constituir só de *um* ato (*unico actu perficiuntur*). A carta *extorsionária* interceptada, antes que chegue ao conhecimento do lesado, é *ato de execução* (a *leitura* é consumação e a *escritura*, ato preparatório), caracterizando a tentativa".[5]

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *concussão*, não havendo previsão legal para a modalidade de natureza culposa.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo *exigir* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria quando o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para impedir a prática do delito em estudo, por ele devendo responder nos termos preconizados pelo art. 13, § 2º, do Código Penal.

4 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 362.
5 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 250-251.

8. EXCESSO DE EXAÇÃO

Como uma espécie de concussão, prevê o § 1º do art. 316 do Código Penal o delito de *excesso de exação*, com a redação que lhe foi determinada pela Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, dizendo:

> § 1º Se o funcionário exige tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido, ou, quando devido, emprega na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza:
>
> Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

Um dos significados da palavra exação diz respeito à cobrança rigorosa de impostos. No caso em exame, são duas as situações que devem ser analisadas. Na primeira hipótese, o funcionário *exige*, determina o recolhimento de *tributo* ou *contribuição social* que sabe ou deveria saber indevido. Nesse caso, ao contrário do que ocorre com a hipótese prevista no *caput*, o funcionário não almeja, para si ou para outrem, qualquer vantagem indevida, mas, sim, recolher aos cofres públicos tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevida.

Tributo, de acordo com a definição fornecida pelo art. 3º do Código Tributário Nacional, *é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada*, sendo que o art. 5º do mesmo diploma legal esclarece que os tributos são *impostos*, *taxas* e *contribuições de melhoria*.

Contribuição social, conforme definição de Hugo de Brito Machado, é uma "espécie de tributo com finalidade constitucionalmente definida, a saber, intervenção no domínio econômico, interesse de categorias profissionais ou econômicas e seguridade social",[6] a exemplo do que ocorre com as contribuições exigidas pelo INSS.

O Superior Tribunal de Justiça, modificando sua posição anterior (RHC 8842/SC, Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 1999/0066026-9, 6ª T., Rel. Min. Fernando Gonçalves, julgamento em 16/11/1999, publicado no *DJ* em 13/12/1999, p. 179), passou a entender que os emolumentos são considerados como taxa remuneratória de serviço público, possuindo natureza de tributo, dizendo:

> I – O crime previsto no art. 316, § 1º, do Código Penal (excesso de exação) se dá com a cobrança, exigência por parte do agente (funcionário público) de tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido.

6 MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*, p. 313.

> II – A Lei nº 8.137/90 ao dar nova redação ao dispositivo em análise extirpou de sua redação os termos taxas e emolumentos, substituindo-os por tributo e contribuição social.
>
> III – De acordo com a jurisprudência desta Corte e do Pretório Excelso as custas e os emolumentos concernentes aos serviços notariais e registrais possuem natureza tributária, qualificando-se como taxas remuneratórias de serviços públicos (Precedentes do STJ e do STF e *Informativo* nº 461/ STF).
>
> IV – Desta forma, comete o crime de excesso de exação aquele que exige custas ou emolumentos que sabe ou deveria saber indevido (REsp. 899486/RJ, Recurso Especial 2006/0085924-4, 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 22/5/2007, publicado no *DJ* em 3/9/2007, p. 216).

A exigência do funcionário, portanto, diz respeito ao recolhimento aos cofres públicos de tributo ou contribuição social que sabe ou deveria saber indevido. No primeiro caso, o agente tem certeza absoluta de que sua exigência é indevida; no segundo, por meio da expressão *deveria saber*, o agente tem dúvidas quanto à sua exigência, mas não se importa se estiver errado, o que demonstra agir com dolo eventual, pois, de acordo com as lições de Luiz Regis Prado,

> "a expressão empregada pelo texto normativo não revela a plena certeza sobre a realidade e, sim, um juízo de dúvida sobre a ilicitude da exigência ou do meio empregado para a cobrança. Contudo, o agente, mesmo diante de tal circunstância, prefere continuar a sua conduta tendente à produção do resultado e 'entre o renunciar à conduta e o risco de com ela concretizar o tipo, prefere esta atitude em detrimento daquela. Isso quer dizer que o agente opera com dolo eventual'".[7]

Na segunda hipótese, embora o tributo ou a contribuição social sejam devidos(as), o agente emprega na cobrança *meio vexatório* ou *gravoso*, que a lei não autoriza. Aqui, a cobrança é que não condiz com as determinações legais, pois o agente utiliza meios constrangedores, humilhantes, que atingem a dignidade da pessoa humana, para que possa conseguir levar a efeito a cobrança efetivamente devida. Nesse segundo caso, tal como ocorre no primeiro, o agente não visa obter qualquer vantagem para si ou para outrem. A sua finalidade é que o tributo ou a contribuição social sejam recolhidos(as) aos cofres públicos.

7 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 4, p. 403-404.

9. MODALIDADE QUALIFICADA

Determina o § 2º do art. 316 do Código Penal, *verbis*:

> § 2º Se o funcionário desvia, em proveito próprio ou de outrem, o que recebeu indevidamente para recolher aos cofres públicos:
>
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

É curiosa essa modalidade qualificada, pois não se confunde com a concussão prevista no *caput* do art. 316, haja vista dizer respeito a uma cobrança indevida que supostamente seria recolhida aos cofres públicos, mas que o agente utiliza em proveito próprio ou de outrem.

Percebe-se, portanto, que está mais diretamente ligada ao § 1º do art. 316 do que ao *caput* do mencionado artigo. No entanto, embora a pena máxima seja elevada, ou seja, 12 anos, a mesma prevista para o delito de peculato (art. 312), a pena mínima é inferior àquela constante do aludido § 1º do art. 316 do Código Penal.

Pelo que se verifica por meio da redação do § 2º do art. 316 do Código Penal, ocorre a infração penal em estudo quando o agente obriga, exige, impõe o pagamento de determinada importância que, supostamente, seria recolhida aos cofres públicos, quando, na verdade, o proveito será para si ou para outrem.

Justificando a modalidade qualificada, disserta Noronha:

> "A par do procedimento mais grave do agente, há maior dano para o contribuinte, pois torna-se bastante problemática a restituição. No § 1º, a lei rejeita uma conduta que pode traduzir excesso de zelo do funcionário público; aqui, o que se tem em vista é o comportamento de peculatário".[8]

10. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA

Determina o § 2º do art. 327 do Código Penal, *verbis*:

> § 2º A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

8 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 253.

11. PENA E AÇÃO PENAL

A pena prevista no *caput* do art. 316 do Código Penal é de reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Para o delito de excesso de exação, tipificado no § 1º do art. 316 do Código Penal, a pena cominada é de reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

Para a modalidade qualificada, constante do § 2º do mesmo artigo, a pena é de reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

A pena será aumentada da terça parte, conforme determina o § 2º do art. 327 do Código Penal, nas hipóteses nele previstas.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

12. DESTAQUES

12.1. Diferença entre concussão e extorsão

A concussão pode ser entendida como uma modalidade especial de extorsão praticada por funcionário público. Uma das diferenças entre ambas as figuras típicas reside no modo como os delitos são praticados.

Assim, na extorsão, a vítima é constrangida, *mediante violência ou grave ameaça*, a entregar a indevida vantagem econômica ao agente; na concussão, contudo, o funcionário público deve exigir a indevida vantagem sem o uso de violência ou de grave ameaça, que são elementos do tipo penal do art. 158 do diploma repressivo.

Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

> "Não basta ser o agente funcionário público e haver apregoado essa condição, com o intuito de intimidar a vítima, para converter em concussão o crime de extorsão, quando obtida a vantagem por meio de constrangimento, exercido mediante grave ameaça" (*HC* 72.936-3 – Rel. Min. Octavio Gallotti, publicação no *DJU* em 6/10/95, p. 33.132).

Além do modo como o delito é praticado, na extorsão, de acordo com a redação legal, a indevida vantagem deve ser sempre *econômica*; ao contrário, no delito de concussão, o art. 316 do Código Penal somente usa a expressão *vantagem indevida*, podendo ser esta de qualquer natureza. Dissertando sobre o conceito de *vantagem* indevida, Guilherme de Souza Nucci preleciona:

> "Pode ser qualquer lucro, ganho, privilégio ou benefício ilícito, ou seja, contrário ao direito, ainda que ofensivo apenas aos bons costumes. Entendíamos que o conteúdo da vantagem indevida deveria possuir algum conteúdo econômico, mesmo que indireto. Ampliamos o nosso pensamento, pois há casos concretos em que o funcionário deseja obter somente um elogio, uma vingança ou mesmo um favor sexual, enfim, algo imponderável no campo econômico e, ainda assim, corrompe-se para prejudicar ato de ofício."[9]

Embora possamos entender, mesmo que implicitamente, uma ameaça por parte do funcionário que exige a vantagem indevida, para efeitos de reconhecimento do delito de concussão, essa ameaça deve estar ligada, de alguma forma, à função do agente. Assim, a vítima se intimida com a exigência porque teme algum tipo de retaliação em razão da função do agente. Contudo, se a ameaça praticada por funcionário não disser respeito às suas funções, o fato não se amoldará ao delito de concussão, mas, sim, ao de extorsão.

Nesse sentido, preleciona Mirabete:

> "Diante da similitude entre a extorsão (art. 158) e a concussão, necessário se torna a sua distinção. Na segunda, a ameaça diz respeito à função pública e as represálias prometidas, expressa ou implicitamente, a ela se referem [...]. Havendo violência, ou ameaça de mal estranho à qualidade ou função do agente, ocorre extorsão".[10]

12.2. Diferença entre concussão e corrupção passiva

Também existe semelhança entre os delitos de concussão e corrupção passiva (art. 317 do CP).

A diferença fundamental entre as duas figuras típicas reside no fato de que na concussão o agente *exige* da vítima uma vantagem indevida; na corrupção passiva, embora a situação seja parecida, ocorre uma *solicitação*, isto é, um pedido de vantagem indevida.

Na verdade, entre os dois núcleos, a diferença é de grau, se é que assim podemos a ela nos referir. A solicitação é um *minus* comparativamente à exigência, embora nas duas, em algumas situações, possamos visualizar o *metus publicae potestatis*, sendo esse mais comum no caso de concussão.

Além disso, a corrupção, ao contrário da concussão, poderá ocorrer nas hipóteses em que o agente *recebe* ou mesmo *aceita*, tão somente, a promessa de tal vantagem, colocando-se, aqui, numa situação de passividade, na qual a figura do corruptor ativo é de fundamental importância.

Podemos resumir o raciocínio trazendo as lições de Edmundo Oliveira, que diz que "o verdadeiro critério para diferenciar concussão e corrupção está na presença ou na ausência de coação; ela existe na primeira e inexiste na segunda. Naquela o funcionário exige; na outra ele apenas solicita, recebe ou aceita promessa".[11]

9 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 839.
10 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*, v. 3, p. 316.
11 OLIVEIRA, Edmundo. *Crimes de corrupção*, p. 52.

12.3. Crime funcional contra a ordem tributária

O inciso II do art. 3º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, fundiu os delitos de concussão e corrupção passiva em uma só figura típica, especializada em razão do bem juridicamente protegido, vale dizer, a ordem tributária, dizendo, *verbis*:

> **Art. 3º.** Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal (Título XI, Capítulo I):
>
> I – [...];
>
> II – exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida; ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente:
>
> Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

No que diz respeito, ainda, aos crimes contra a ordem tributária, vale registrar que o STF, na sessão plenária de 2 de dezembro de 2009, editou a Súmula Vinculante nº 24, com o seguinte verbete:

> ***Súmula Vinculante nº 24.*** *Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.*

12.4. Prisão em flagrante quando da entrega da vantagem indevida

Vimos que a concussão é considerada um delito formal, de consumação antecipada, ou de resultado cortado. Aqui, para efeitos de reconhecimento do delito, basta que o agente pratique a conduta núcleo, vale dizer, o verbo *exigir*, independentemente da obtenção da indevida vantagem, considerada mero exaurimento do crime.

No entanto, não é incomum a notícia de suposto flagrante quando o agente, após exigir da vítima o pagamento de uma vantagem indevida, impõe-lhe determinado prazo para o seu cumprimento. A vítima, assustada, procura ajuda da autoridade policial, que a orienta no sentido de marcar dia e hora para a entrega da vantagem, oportunidade em que será preparada a "prisão em flagrante" do funcionário autor da indevida exigência.

Nesse caso, pergunta-se: Seria possível a realização da prisão em flagrante, quando do ato da entrega da indevida vantagem? A resposta, aqui, só pode ser negativa, haja vista ter o crime se consumado quando da exigência da indevida vantagem, e não quando da sua efetiva entrega pela vítima ao agente.

Paulo Rangel, com a autoridade que lhe é peculiar, afirma, com precisão:

> "Nesta hipótese, não há prisão em flagrante delito, pois o que se dá é mero exaurimento do crime, ou seja, o crime já se consumou com a mera exigência da vantagem indevida. Trata-se, portanto, de prisão *manifestamente* ilegal, que deverá ser, imediatamente, *relaxada* pela autoridade judiciária, nos precisos termos do art. 5º, LXV, da CRFB".[12]

Essa, também, a posição dos nossos Tribunais Superiores, conforme se verifica pela ementa abaixo transcrita:

> "*RHC.* Concussão. Ilegalidade do flagrante. Prisão efetuada 15 dias após a consumação do crime. Despacho que recebe a denúncia. Desnecessidade de fundamentação. Recurso parcialmente provido. I – Consumando-se o crime de concussão com a efetiva exigência da vantagem indevida, tem-se a ilegalidade da prisão realizada mais de 15 dias após a consumação do crime, quando do recebimento daquilo que foi exigido, pois tal fato constitui-se em mero exaurimento do delito. II – Não se cogita da descriminalização prevista na Súm. nº 145/STF para fins de trancamento do feito, pois o crime se consumou antes do flagrante" (STJ, *RHC* 8735/BA, Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* 1999/0054000-0, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª Turma, julgamento em 19/10/99, publicação no *DJ* em 22/11/99, p. 164).

12.5. Concussão praticada por jurados

O Código de Processo Penal contém norma expressa a respeito da possibilidade de serem os jurados responsabilizados criminalmente pelo delito de concussão, dizendo, em seu art. 445, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008:

> **Art. 445.** O jurado, no exercício da função ou a pretexto de exercê-la, será responsável criminalmente nos mesmos termos em que o são os juízes togados.

12.6. Concussão, excesso de exação, desvio e crime militar

Os arts. 305, 306 e 307 do Código Penal Militar preveem, respectivamente, os delitos de concussão, excesso de exação e desvio, praticados por militares, dizendo, *verbis*:

12 RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*, p. 633.

Concussão

Art. 305. Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:

Pena – reclusão, de dois a oito anos.

Excesso de exação

Art. 306. Exigir imposto, taxa ou emolumento que sabe indevido, ou, quando empregar na cobrança meio vexatório ou gravoso, que a lei não autoriza:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos.

Desvio

Art. 307. Desviar, em proveito próprio ou de outrem, o que recebeu indevidamente, em razão de cargo ou função, para recolher aos cofres públicos:

Pena – reclusão, de dois a doze anos.

12.7. Concussão praticada por médico conveniado ao SUS

Se o médico, conveniado ao Sistema Único de Saúde, exige de seu paciente o pagamento de uma determinada quantia para a realização de um procedimento coberto pelo plano, em virtude da norma constante do § 1º do art. 327 do Código Penal, que o equipara ao funcionário público, deverá ser responsabilizado pelo delito de concussão.

Nesse sentido, já decidiu o TJMG:

> "Estando robustamente comprovadas a autoria e materialidade delitiva, se amoldando a conduta do agente na norma prescrita no art. 316 do CP, na conduta do médico que cobra honorários de cirurgia feita, sendo que o mesmo atendeu pelo Sistema Único de Saúde, configurado está o crime de concussão" (TJMG, Processo 1.0433.05.146431-4/001 [1], numeração única: 1464314-22.2005.8.13.0433, Relª. Desª. Maria Celeste Porto, j. 3/6/20087, pub. 14/6/2008).

CAPÍTULO 70

CORRUPÇÃO PASSIVA

Corrupção passiva

Art. 317. Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

§ 1º A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

§ 2º Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

1. INTRODUÇÃO

Embora o começo de seu reconhecimento formal como infração penal possa ter sido levado a efeito pelo Direito grego, melhor ainda, como adverte Edmundo Oliveira,[1] pelo Direito romano, a corrupção, na verdade, é um delito que envolve diretamente o caráter da pessoa.

Costuma-se usar uma velha máxima em Direito Penal que assevera que nenhum de nós tem condições de afirmar que nunca matará alguém, pois o homicídio encontra-se no rol daquelas infrações penais que, em geral, são praticadas pelo impulso incontido do homem, atingido, muitas vezes, por um sentimento arrebatador de ira, paixão, ódio, ciúmes etc. No entanto, outras infrações penais podem ser colocadas no elenco daquelas que jamais serão praticadas pelo homem que procura preservar seu nome, sua integridade, sua

1 OLIVEIRA, Edmundo. *Crimes de corrupção*, p. 6.

dignidade, seu conceito perante a sociedade na qual se encontra inserido. É o que ocorre com a corrupção.

Os veículos de comunicação tem noticiado, com frequência assustadora, fatos que envolvem atos de corrupção. São juízes de Direito, promotores de justiça, policiais, políticos, enfim, pessoas encarregadas de trazer a paz social que, infelizmente, são apontadas como corruptas, envergonhando nosso país. Contudo, embora alguns escândalos se tornem nacionalmente conhecidos, quando descobertos, a verdade é que a maioria esmagadora dos atos de corrupção praticados por nossos funcionários públicos permanece impune.

Refletindo sobre alguns fatos trazidos ao conhecimento do público, envolvendo políticos que, até então, antes de serem descobertos praticando corrupção, eram tidos como verdadeiros "baluartes da moral", percebemos que a corrupção pode ser equiparada a uma doença, a um vício que impulsiona o sujeito a sempre querer mais e mais. O corrupto é insaciável, ou seja, nunca se satisfaz com um único ato de corrupção. Parece que o crescimento de sua fortuna pessoal o impulsiona, e ele procura ajuntar aquilo que nunca conseguirá gastar, em toda a sua existência. Imagine-se a hipótese do corrupto que tenha um patrimônio, conseguido ilicitamente, estimado em cem milhões de reais. Por que razão esse sujeito ainda continuaria a praticar atos de corrupção, elevando a sua fortuna para cento e vinte, cento e cinquenta, e assim por diante? A única resposta, a nosso ver, chama-se ganância. A ganância, podemos assim dizer, embora fugindo um pouco da técnica, seria um dos gens que fariam parte do elemento subjetivo do agente.

Muitas pessoas trocam honra por dinheiro, amizade por riquezas. Embora, em muitas situações, não se possa, tecnicamente, reconhecer a corrupção, principalmente quando estivermos diante da corrupção passiva, que é um crime cometido por funcionário público contra a Administração Pública, podemos entender a atitude do corrupto tendo uma visão ampla de seu comportamento, enxergando, na verdade, o seu coração. A título de exemplo, veja o que ocorreu com Judas. Por 30 moedas de prata, entregou ao Sinédrio o Autor da Vida, o Príncipe da Paz, aquele que de cuja boca nunca saiu uma palavra impura, que pregou o amor e, no final, deu a Sua Vida por todos nós. Por que razão Judas entregaria Jesus Cristo? Nesse caso, a questão não se resume, simplesmente, a atos de corrupção (mesmo que fora do sentido técnico empregado pela lei penal), mas, sim, ao cumprimento de uma profecia constante do Antigo Testamento, que dizia que o Messias seria vendido por 30 moedas de prata, como se pode constatar na passagem constante de Zacarias, capítulo 11, versículo 12.

É claro que também existem os "pequenos corruptos", ou seja, aqueles que nunca irão se enriquecer com seus atos escusos, mas que já se acostumaram às facilidades do indevido recebimento das vantagens, verdadeiros "mendigos", que se vestem de funcionários públicos.

A corrupção é um problema de todas as nações. É verdade que sua incidência maior ocorre nos países menos desenvolvidos, onde existe um índice de pobreza elevado, onde não ocorre uma distribuição de rendas, fazendo com que a diferença entre as camadas sociais seja assustadora.

No Brasil, em 7 de outubro de 2002, foi promulgada, por meio do decreto presidencial nº 4.410, a Convenção Interamericana contra a Corrupção, adotada em Caracas, em 29 de março de 1996. Por intermédio da Lei nº 10.763, de 12 de novembro de 2003, foi alterada a pena relativa ao delito de corrupção, tipificado no *caput* do art. 317 do Código Penal, elevando-a de 1 (um) a 8 (oito) anos, para 2 (dois) a 12 (doze) anos de reclusão.

Interessante notar que, embora tenha havido elevação das penas cominadas ao delito de *corrupção passiva*, foram mantidas as penas previstas para a modalidade de *concussão*, constante do *caput* do art. 316, em flagrante ofensa ao princípio da proporcionalidade, pois, como vimos, a concussão, comparativamente ao delito de corrupção passiva, deve ser considerada mais grave, uma vez que o *núcleo* exigir dá a ideia de uma conduta onde o funcionário obriga, determina, mediante algum tipo de coação (expressa ou implícita), a entrega da vantagem.

Analisando o tipo do art. 317 do Código Penal, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de *solicitar* ou *receber*, para si ou para outrem; b) direta ou indiretamente; c) ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela; d) vantagem indevida; e) ou *aceitar* promessa de tal vantagem.

O delito de corrupção passiva é muito parecido com o crime de concussão. Na verdade, a diferença fundamental reside nos núcleos constantes das duas figuras típicas. Na concussão, há uma exigência, uma determinação, uma imposição do funcionário para obtenção da vantagem indevida; na corrupção passiva, ao contrário, existe uma solicitação, um pedido (na primeira hipótese). Em termos de gravidade, considerando aquele a quem é feita a exigência ou a solicitação, podemos concluir que *exigir*, psicologicamente, é mais grave do que *solicitar*, daí o raciocínio segundo o qual a concussão seria entendida como a "extorsão" praticada pelo funcionário público.

Em geral, existe na corrupção passiva um acordo entre o funcionário que solicita a indevida vantagem e aquele que a presta, principalmente quando estivermos diante dos núcleos *receber* e *aceitar* promessa de tal vantagem. *Receber* tem o significado de tomar, entrar na posse; *aceitar a promessa* diz respeito ao comportamento de anuir, concordar, admitir em receber a indevida vantagem.

Há um ditado popular que diz que "onde há um corrupto, é porque há também um corruptor". No entanto, como veremos quando da análise do art. 333 do Código Penal, nem sempre quando houver corrupção passiva haverá, consequentemente, a corrupção ativa.

Hungria, fazendo a distinção entre *corrupção própria* e *imprópria*, bem como entre *corrupção antecedente* e *subsequente*, preleciona:

> "É irrelevante que o ato funcional (comissivo ou omissivo) sobre que versa a venalidade seja ilícito ou lícito, isto é, contrário, ou não aos deveres do cargo ou da função. No primeiro caso, fala-se em *corrupção própria* e, no segundo, em *corrupção imprópria*. Aqui já não se usa a cláusula 'em razão do cargo', mas outra: 'em razão da função'. Assim, não é preciso que se trate do titular de um cargo público no sentido técnico: basta que exerça, ainda que acidentalmente, uma função pública, tal como o jurado, o depositário nomeado pelo juiz etc.
>
> Costuma-se distinguir entre corrupção *antecedente* e *subsequente*. A primeira ocorre quando a recompensa é dada ou prometida em vista de uma ação ou omissão *futura*, e a segunda, quando se refere a uma ação ou omissão *pretérita*. Não é exato dizer que o nosso Código não contempla a *corruptio subsequens*. O art. 317, *caput*, não pode ser interpretado no sentido de tal conclusão. O legislador pátrio não rejeitou o critério que remonta ao direito romano: mesmo a recompensa não ajustada antes do ato ou omissão do *intraneus* pode ter sido esperada por este, sabendo ele que o *extraneus* é homem rico e liberal, ou acostumado a gratificar a quem o serve, além de que, como argumentava Giuliani (*apud* Carrara), a opinião pública, não deixaria de vincular a essa esperança a anterior conduta do exercente da função pública, o que redundaria em fundada desconfiança em torno da administração do Estado".[2]

Cuida-se, ainda, de um tipo misto alternativo, no qual a prática de mais de uma conduta deverá importar em infração penal única, a exemplo daquele que *solicita* e, em virtude disso, *recebe* a vantagem indevida, devendo, outrossim, ser responsabilizado por um único crime de corrupção passiva.

No mais, aplica-se ao delito de corrupção passiva tudo aquilo que foi dito quando do estudo do crime de concussão, vale dizer, a necessidade de ser o agente funcionário público, bem como que as condutas sejam praticadas *ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela*, lembrando, ainda, que, embora exista discussão doutrinária, a vantagem indevida pode ser de qualquer natureza.

2 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 368-369.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime próprio no que diz respeito ao *sujeito ativo* (pois somente o funcionário público pode praticá-lo) e comum quanto ao sujeito passivo (uma vez que não somente a Administração Pública pode figurar nessa condição, como qualquer pessoa que tenha sido prejudicada com o comportamento praticado pelo sujeito ativo); doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; unissubsistente ou plurissubsistente (dependendo do modo como o delito é praticado, poderá ou não ser fracionado o *iter criminis*); transeunte (como regra).

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Crime próprio, somente o funcionário público pode ser *sujeito ativo* do delito de *corrupção passiva*, tipificado no art. 317 do Código Penal.

O sujeito passivo é o Estado, bem como a pessoa física ou jurídica diretamente prejudicada com a conduta praticada pelo sujeito ativo.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *corrupção passiva*.

O objeto material é a vantagem indevida.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito de *corrupção passiva* pode se consumar em três momentos diferentes, dependendo do modo como o crime é praticado.

Na primeira modalidade, o delito se consuma quando o agente, efetivamente, *solicita*, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, *vantagem indevida*, que, se vier a ser entregue, deverá ser considerada mero exaurimento do crime.

Por meio da segunda modalidade prevista no tipo, ocorrerá a consumação quando o agente, sem que tenha feito qualquer solicitação, *receber* vantagem indevida.

O último comportamento típico diz respeito ao fato de o agente tão somente *aceitar* promessa de tal vantagem.

Percebe-se, outrossim, que, na primeira hipótese, o agente assume uma postura ativa, no sentido de que parte dele a ideia da corrupção; nas duas últimas, sua situação é de passividade, ou seja, a ideia da corrupção parte do corruptor. De qualquer forma, em todos os casos, seu crime será o de corrupção

passiva, em virtude da sua especial qualidade de funcionário, exigida pelo tipo penal em estudo.

Dependendo da hipótese concreta, poderá ou não ser fracionado o *iter criminis* e, consequentemente, poderemos cogitar ou não da possibilidade de tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *corrupção passiva*, não havendo previsão legal para a modalidade de natureza culposa.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos solicitar, receber e aceitar pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria quando o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para impedir a prática do delito em estudo, por ele devendo responder nos termos preconizados pelo art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. MODALIDADE PRIVILEGIADA

Diz o § 2º do art. 317 do Código Penal:

> § 2º Se o funcionário pratica, deixa de praticar ou retarda ato de ofício, com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:
>
> Pena – detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Nesse caso, ao contrário do que ocorre com a modalidade de corrupção passiva prevista no *caput* do art. 317 do Código Penal, o agente não visa, para si ou para outrem, à obtenção de vantagem indevida. Procura, outrossim, atender a um pedido de alguém, ou cede em virtude da influência exercida por aquele que lhe faz a solicitação.

Conforme esclarece Fragoso,

> "é certamente forma menos grave do crime: o funcionário neste caso não se vende. Transige, porém, com seu dever funcional para atender a pedido de amigos ou pessoas influentes (o que entre nós é verdadeira praga). Esta forma do crime aproxima-se da prevaricação. Na primeira hipótese, há um peditório: um pedido é formulado ao agente. Na segunda o funcionário pratica a ação sob a influência de alguém, como no exemplo de Viveiros de Castro: 'o funcionário público sabe que seu superior é amigo da parte, interessa-se por ela, e não hesita em deferir a pretensão injusta'.
>
> A eventual vantagem recebida pelo autor do pedido ou por quem exerce a influência não altera a situação do agente".[3]

9. CAUSAS DE AUMENTO DE PENA

Determina o § 1º do art. 317 do Código Penal, *verbis*:

> § 1º A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

A majorante do § 1º tem sido reconhecida doutrinariamente pela denominação *corrupção exaurida*. Não entendemos ser correta tal expressão, uma vez que o exaurimento relativo ao crime de corrupção ocorre não quando o funcionário faz ou deixa de fazer alguma coisa a que estava legalmente obrigado, mas, sim, quando recebe a vantagem indevida. No mencionado § 1º, a lei penal faz menção, até mesmo, à *promessa* de recebimento da vantagem, o que justificaria a nossa discordância quanto à expressão utilizada pela doutrina a fim de identificá-lo.

A causa especial de aumento de pena constante do § 1º somente poderá ser aplicada ao *caput* do art. 317 do Código Penal, haja vista que, além de sua situação topográfica, para que reste configurada a infração penal prevista pelo § 2º do mencionado artigo, o agente não poderá atuar com a finalidade de obter vantagem indevida, para si ou para outrem, o que, por si só, já afastaria a majorante em estudo, que exige que o funcionário retarde ou deixe de praticar qualquer ato de ofício, ou que o pratique infringindo dever funcional, em virtude da vantagem recebida, ou mesmo de sua simples promessa.

Poderá ser aplicado ao *caput*, bem como ao § 2º do art. 317 do Código Penal, a causa especial de aumento de pena prevista no § 2º do art. 327 do mesmo diploma repressivo.

10. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada para a infração penal prevista no *caput* do art. 317 do Código Penal, de acordo com a alteração levada a efeito pela Lei nº 10.763, de 12 de novembro de 2003, é de reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

3 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*, v. II, p. 422-423.

Para a modalidade de corrupção prevista no § 2º do art. 317 do Código Penal, a pena é de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

A pena prevista no *caput* do art. 317 do Código Penal é aumentada de um terço se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

A pena poderá, ainda, ser aumentada da terça parte, conforme determina o § 2º do art. 327 do Código Penal, nas hipóteses nele previstas, devendo ser observado, no entanto, a regra constante do parágrafo único, do art. 68 do Código Penal.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito tipificado no § 2º do art. 317 do Código Penal, tendo em vista que a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, também quando estivermos diante da hipótese constante do § 2º do art. 317 do Código Penal.

11. DESTAQUES

11.1. Princípio da insignificância

Ao delito de *corrupção passiva* poderá ser aplicado o raciocínio correspondente ao princípio da insignificância, excluindo-se da figura típica constante do art. 317 do Código Penal aquelas "vantagens" de valor irrisório, como ocorre com muita frequência quando os funcionários são presenteados com bombons, doces, canetas, algumas pequenas lembranças, principalmente em datas comemorativas, a exemplo do que ocorre com o Natal.

Na verdade, tais fatos poderiam ser excluídos pela ausência de dolo, pois, nesses casos, não se poderia falar em verdadeira corrupção, mas, sim, em "agrados", "gentilezas", "política de bom relacionamento", mesmo que não tão sinceras quanto pareçam.

11.2. Corrupção passiva praticada por jurados

O Código de Processo Penal contém norma expressa a respeito da possibilidade de serem os jurados responsabilizados criminalmente pelo delito de corrupção passiva, dizendo, em seu art. 445, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008, que:

> **Art. 445.** O jurado, no exercício da função ou a pretexto de exercê-la, será responsável criminalmente nos mesmos termos em que o são os juízes togados.

11.3. Corrupção passiva e crime militar

Existe previsão, no Código Penal Militar, para o delito de corrupção passiva, conforme se verifica pela leitura do art. 308 e parágrafos, *verbis*:

> Corrupção passiva
>
> **Art. 308.** Receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função, ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem:
>
> Pena – reclusão, de dois a oito anos.
>
> **Aumento de pena**
>
> § 1º A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o agente retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.
>
> **Diminuição de pena**
>
> § 2º Se o agente pratica, deixa de praticar ou retarda o ato de ofício com infração de dever funcional, cedendo a pedido ou influência de outrem:
>
> Pena – detenção, de três meses a um ano.

Para que seja observada a isonomia, deverá ser corrigida *de lege ferenda* a pena cominada pelo preceito secundário constante do *caput* do art. 308 do Código Penal Militar, elevando-a ao mesmo *quantum* previsto para o art. 317 do Código Penal, pois não se justifica o tratamento diferenciado quando a corrupção passiva for praticada, por exemplo, por policial militar, recebendo, outrossim, resposta penal mais branda.

11.4. Corrupção passiva desportiva

A Lei nº 12.299, de 27 de julho de 2010, dispondo sobre medidas de prevenção e repressão aos fenômenos de violência por ocasião de competições esportivas, alterando o Estatuto de Defesa do Torcedor (Lei nº 10.671, de 15 de maio de 2003), após inúmeros escândalos quanto à manipulação de resultados envolvendo árbitros, "cartolas", jogadores de futebol etc., criou uma figura típica específica para esse tipo de situação, que podemos denominar, mesmo sem a presença expressa de tal rubrica, de *corrupção passiva desportiva*, cuja redação constante de seu art. 41-C diz, *verbis*:

Art. 41-C. Solicitar ou aceitar, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem patrimonial ou não patrimonial para qualquer ato ou omissão destinado a alterar ou falsear o resultado de competição esportiva:

Pena – reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos e multa.

Vide discussões levadas a efeito em destaque no crime de corrupção ativa desportiva (Cap. 85, item 10.6).

CAPÍTULO 71

FACILITAÇÃO DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO

Facilitação de contrabando ou descaminho

Art. 318. Facilitar, com infração de dever funcional, a prática de contrabando ou descaminho (art. 334):

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *facilitação de contrabando ou descaminho* encontra-se tipificado no art. 318 do Código Penal. Aqui, percebe-se, mais uma vez, a quebra da chamada teoria monista ou unitária, prevista pelo art. 29 do Código Penal. Isso porque em vez de reunir numa única figura típica tanto aquele que facilita como o que, efetivamente, leva a efeito o contrabando ou descaminho, optou a lei penal por separar, mediante criação típica distinta, os dois comportamentos, tratando, inclusive, com mais severidade, a facilitação, do que o próprio contrabando ou descaminho.

Assim, de acordo com a redação constante do art. 318 do Código Penal, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de *facilitar*; b) com *infração de dever funcional*; c) a prática de contrabando ou descaminho.

Facilitar significa tornar fácil, removendo, afastando as dificuldades, seja fazendo ou, mesmo, deixando de fazer alguma coisa a que estava obrigado. Exige a lei penal que o fato não somente seja praticado por funcionário público, mas, sim, por aquele que tenha o dever funcional de evitar o contrabando ou descaminho. À qualidade de funcionário público deve ser agregada sua *função específica* de impedir o contrabando ou descaminho, pois, caso contrário, o funcionário que, de alguma forma, vier a colaborar com a sua prática, deverá ser responsabilizado, de acordo com as regras pertinentes ao concurso de pessoas, pelo art. 334 do Código Penal, e não pelo delito em estudo.

A conduta deve ser dirigida no sentido de *facilitar*, com infração de dever funcional, a prática de *contrabando* ou *descaminho*. Por *contrabando* deve ser entendida toda entrada ou saída do território nacional de mercadoria cuja importação ou exportação esteja, absoluta ou relativamente, proibida; *descaminho*, segundo Hungria, "é toda fraude empregada para iludir, total ou parcialmente, o pagamento de impostos de importação, exportação ou consumo (cobrável, este, na própria aduana, antes do desembaraço das mercadorias importadas)".[1]

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime próprio no que diz respeito ao *sujeito ativo* (pois somente o funcionário público, com infração de dever funcional, pode praticá-lo); doloso; comissivo ou omissivo próprio (haja vista que o núcleo facilitar pode ser praticado mediante omissão do agente); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; unissubsistente ou plurissubsistente (dependendo do modo como o delito é praticado, poderá ou não ser fracionado o *iter criminis*); transeunte (podendo, no entanto, dependendo da hipótese concreta, ser considerado um delito não transeunte, em virtude da possibilidade de realização de prova pericial).

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

O delito tipificado no art. 318 do Código Penal somente pode ser praticado pelo funcionário público, a quem compete o dever funcional de impedir o contrabando ou descaminho. Caso o agente seja funcionário, mas não tenha essa especial atribuição, o fato deverá ser resolvido de acordo com a regra do art. 29 do Código Penal, devendo o *intraneus*, nesse caso, responder pelo delito previsto no art. 334 do mesmo diploma legal.

O sujeito passivo é o Estado.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *facilitação de contrabando ou descaminho*.

O objeto material é o produto contrabandeado ou os tributos não recolhidos, no caso de descaminho.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Tratando-se de crime formal, o delito em exame se consuma quando o funcionário público, de alguma forma, facilita a prática do contrabando ou descaminho, independentemente do sucesso da outra infração penal, ou, nas

1 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 374.

palavras de Hungria, "consuma-se o crime com o proporcionar-se facilidade à prática do contrabando ou descaminho, pouco importando que este, por circunstâncias alheias à vontade do agente, não seja levado *ad exitum* (pois no caso, dada a *autonomia* da *facilitação* como crime, o *summatum opus* não depende do integral sucesso do outro crime)".[2]

O reconhecimento da tentativa dependerá do caso concreto apresentado, quando se poderá raciocinar sobre a possibilidade do fracionamento do *iter criminis*.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *facilitação de contrabando ou descaminho*, não havendo previsão legal para a modalidade de natureza culposa.

Assim, por exemplo, se o agente, culposamente, em virtude de sua negligência, facilita o ingresso, no território nacional, de mercadoria cuja importação estava proibida, não poderá ser responsabilizado pelo delito em estudo. Poderá, no entanto, responder administrativamente pelo seu comportamento desidioso, sendo-lhe aplicada uma sanção também de natureza administrativa.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo *facilitar* pode importar tanto em um comportamento comissivo, quanto em outro de natureza omissiva.

8. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA

Determina o § 2º do art. 327 do Código Penal, *verbis*:

> § 2º A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

9. PENA E AÇÃO PENAL

A pena cominada ao delito de *facilitação de contrabando ou descaminho* é de reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, conforme alteração introduzida pela Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990.

2 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 375.

A pena poderá ser aumentada da terça parte, conforme determina o § 2º do art. 327 do Código Penal, nas hipóteses nele previstas.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

10. DESTAQUE

10.1. Competência para julgamento

Compete à Justiça Federal o processo e julgamento do delito de *facilitação de contrabando ou descaminho.*

De acordo com a orientação contida na Súmula 151 do Superior Tribunal de Justiça, *a competência para o processo e julgamento por crime de contrabando ou descaminho define-se pela prevenção do Juízo Federal do lugar da apreensão dos bens.*

Merece ser frisado, ainda, que o art. 144, § 1º, II, da Constituição Federal assevera destinar-se à polícia federal, dentre outras funções, a *de prevenir e reprimir o contrabando e o descaminho.*

CAPÍTULO 72

PREVARICAÇÃO

Prevaricação

Art. 319. Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

1. INTRODUÇÃO

Vimos que a Administração Pública é regida por uma série de princípios, sendo que muitos deles foram previstos expressamente em nossa Constituição Federal.

O administrador ou servidor público deve atuar, sempre, com os olhos voltados para o bem comum, não podendo utilizar os poderes que lhe foram conferidos a fim de prejudicar aqueles que não lhe são muito caros, ou mesmo beneficiar os que lhe são próximos. Deve agir, portanto, de maneira impessoal, não permitindo que seus sentimentos se sobreponham aos interesses da própria Administração Pública. Todos têm o direito de ser tratados isonomicamente, não importando sejam pessoas cultas e/ou ilustres, ou mesmo ignorantes e/ou desconhecidas, tenham amizade ou conflitos pessoais com algum funcionário público.

No que diz respeito ao princípio da impessoalidade, previsto no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, Nagib Slaibi Filho o vislumbra sob dois aspectos, a saber:

> "1) sua finalidade coletiva, transcendendo o interesse individual e buscando atingir o interesse coletivo – é a *finalidade pública* como elemento essencial de seus atos, o que decorre dos princípios republicano e democrático;
>
> 2) a atuação igualitária perante os próprios servidores e os administrados que devem ser considerados como indivíduos

> iguais em um todo coletivo – é o princípio da *isonomia*, já afirmado no art. 5º da Constituição, decorrente do regime democrático de poder".[1]

Com a finalidade de evitar a prática, infelizmente ainda muito comum, de retaliações ou favoritismos no funcionalismo público, foi criado o delito de *prevaricação*, tipificado no art. 319 do Código Penal. Pela redação constante do mencionado tipo penal, podemos apontar os seguintes elementos que lhe são característicos: a) a conduta de *retardar* ou *deixar de praticar*, indevidamente, ato de ofício; b) ou praticá-lo contra disposição expressa de lei; c) para satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

O núcleo *retardar* nos dá a ideia de que o funcionário público estende, prolonga, posterga para além do necessário a prática do ato que lhe competia. Aqui, o funcionário pratica o ato, só que demora na sua realização. Poderá, ainda, *deixar de praticar* o ato de ofício, omitindo-se, dolosamente. Por fim, a lei penal prevê ainda o comportamento daquele que *pratica* o ato de ofício, realizando-o, no entanto, contra disposição expressa da lei.

Por *ato de ofício* deve ser entendido todo aquele que se encontra na esfera de atribuição do agente que pratica qualquer dos comportamentos típicos. Assim, por exemplo, o oficial de justiça, no que diz respeito à confecção de uma certidão, o delegado de polícia, quanto à instauração de um inquérito policial, o juiz de Direito, que determina a citação de alguém, o Promotor de Justiça, quanto ao oferecimento de uma denúncia etc. Para a prática do ato, o agente deve encontrar-se no pleno exercício de suas funções.

Para que se configure o delito em estudo, o comportamento deve ser praticado de forma *indevida*, ou seja, contrariamente àquilo que era legalmente determinado a fazer, infringindo o seu dever funcional.

O traço marcante do delito de prevaricação reside no fato de que o funcionário retarda, deixa de praticar o ato de ofício ou o pratica contrariamente à disposição expressa de lei, *para satisfazer interesse ou sentimento pessoal*. Conforme ressalta Fragoso,

> "o interesse pessoal pode ser de qualquer espécie (patrimonial, material ou moral). O sentimento pessoal diz com a afetividade do agente em relação às pessoas ou fatos a que se refere a ação a ser praticada, e pode ser representado pelo ódio, pela afeição, pela benevolência etc. A eventual nobreza dos sentimentos e o altruísmo dos motivos determinantes são indiferentes para a configuração do crime, embora possam influir na medida da pena".[2]

1 SLAIBI FILHO, Nagib. *Direito constitucional*, p. 748-749.
2 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*, v. II, p. 426.

A denúncia deverá, obrigatoriamente, apontar a satisfação do interesse ou sentimento pessoal do agente, que o motivou à prática de qualquer dos comportamentos típicos, sob pena de ser considerada inepta.

Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> "Para que reste caracterizado o delito de prevaricação faz-se imprescindível a indicação, de alguma forma, de qual seria o interesse ou sentimento pessoal a ser satisfeito com a conduta do agente. Assim: se não resta caracterizada a satisfação de interesse ou sentimento pessoal na conduta dos acusados, afasta-se a tipicidade da conduta (Apn 471/MG, Corte Especial, Rel. Min. Gilson Dipp, *DJ* de 10/3/2008). (*HC* 63.919/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, *DJe* 4/8/2008)."

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime de mão própria no que diz respeito ao *sujeito ativo* (pois somente o funcionário público, com infração de dever funcional, pode praticá-lo) e comum quanto ao sujeito passivo (uma vez que não somente a Administração Pública pode figurar nessa condição, como qualquer pessoa que tenha sido prejudicada com o comportamento praticado pelo sujeito ativo); doloso; comissivo ou omissivo próprio (haja vista que os núcleos retardar e deixar de praticar podem ser levados a efeito pela omissão do agente); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; unissubsistente ou plurissubsistente (dependendo do modo como o delito é praticado, poderá ou não ser fracionado o *iter criminis*); transeunte (podendo, no entanto, dependendo da hipótese concreta, ser considerado um delito não transeunte, em virtude da possibilidade de realização de prova pericial).

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Somente o funcionário público pode ser *sujeito ativo* do delito de *prevaricação*, tipificado no art. 319 do Código Penal.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como a pessoa física ou jurídica diretamente prejudicada com a conduta praticada pelo sujeito ativo.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *prevaricação*.

O objeto material é o ato de ofício que fora retardado, ou deixado de ser praticado, bem como aquele praticado contra disposição expressa de lei.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Na primeira modalidade, o delito se consuma quando o funcionário público, indevidamente, retarda a prática do ato de ofício, ou seja, deixa de praticá-lo no tempo previsto, atrasando-o; na segunda modalidade, quando o agente, efetivamente, não pratica o ato a que estava obrigado; na última hipótese, quando o sujeito pratica o ato contra disposição expressa de lei. Deve ser frisado que, em todos casos, o agente deve atuar com a finalidade de satisfazer interesse ou sentimento pessoal.

Dependendo do modo como delito for praticado, poderá ser reconhecida a tentativa. Se, no caso concreto, for possível o fracionamento do *iter criminis*, poderá se cogitar do *conatus*; caso contrário, ficará inviabilizada a hipótese de tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *prevaricação*, não havendo previsão legal para a modalidade de natureza culposa.

Assim, não se pode confundir com o delito de prevaricação a conduta do funcionário público que negligencia com a prática dos seus atos de ofício, retardando-os excessivamente, podendo, no entanto, ser responsabilizado administrativamente.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo *retardar* pode ser entendido tanto comissiva quanto omissivamente; na modalidade *deixar de praticar* prevê a lei penal um delito omissivo próprio; por último, a conduta de praticar ato de ofício contra disposição expressa de lei pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente.

8. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA

Determina o § 2º do art. 327 do Código Penal, *verbis*:

> § 2º A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

9. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *prevaricação* é de detenção de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

A pena poderá ser aumentada da terça parte, conforme determina o § 2º do art. 327 do Código Penal, nas hipóteses nele previstas.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito tipificado no art. 319 do Código Penal, tendo em vista que a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

10. DESTAQUE

10.1. Prevaricação praticada por jurados

O Código de Processo Penal contém norma expressa a respeito da possibilidade de serem os jurados responsabilizados criminalmente pelo delito de prevaricação, dizendo, em seu art. 445, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008:

> **Art. 445.** O jurado, no exercício da função ou a pretexto de exercê-la, será responsável criminalmente nos mesmos termos em que o são os juízes togados.

Capítulo 73

Omissão de Dever de Vedar ao Preso o Acesso a Aparelho Telefônico, de Rádio ou Similar

Art. 319-A. Deixar o Diretor de Penitenciária e/ou agente público de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo:

Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

1. INTRODUÇÃO

Temos visto nos noticiários dos canais de televisão cenas em que presidiários, fazendo uso de telefones celulares, de rádios ou similares, conversam livremente, muitas vezes gerenciando ou participando dos negócios ilícitos (tráfico de drogas, extorsões mediante sequestros, roubo de cargas etc.) que acontecem *extramuros*.

Tornou-se comum, ainda, a extorsão praticada do interior do sistema penitenciário, onde os presos fazem ligações de seus aparelhos telefônicos, por exemplo, e, após obterem as informações necessárias à execução do plano criminoso (conseguindo descobrir os nomes dos moradores de uma determinada residência, locais de trabalho, escolas onde estudam etc.), criando uma situação fictícia de sequestro, ameaçam os seus interlocutores, dizendo que um parente próximo encontra-se em um cativeiro e, caso o valor exigido não seja depositado em uma conta-corrente por eles indicada, o suposto sequestrado será morto.

Exigem, como regra, que a vítima não desligue o telefone, evitando que entre em contato com a pessoa que dizem ter sequestrado, fazendo-a escutar, ainda, ao fundo, gritos de socorro, abalando-a psicologicamente.

A pergunta que nos fazemos, e que motivou a criação da figura típica introduzida ao Código Penal pela Lei nº 11.466, de 28 de março de 2007, é a seguinte: Como esses aparelhos telefônicos, de rádio ou similares conseguem

chegar até as mãos daqueles que se encontram no sistema penitenciário? Podemos, a título de esclarecimento, indicar algumas respostas. A primeira, e talvez a mais usual, seria a introdução dos aparelhos, mencionados pelo art. 319-A, levada a efeito por pessoas que visitam os presos. Por mais que se proceda a uma revista criteriosa, a imaginação e a criatividade daqueles que almejam fazer com que tais aparelhos cheguem aos presos são insuperáveis. Não é incomum que mulheres, durante a visita, introduzam objetos em suas partes íntimas (vagina e ânus); também é corriqueiro colocar peças no interior de saltos de sapatos, sandálias etc., que, posteriormente, serão montadas e utilizadas como aparelhos telefônicos. Enfim, uma primeira possibilidade de ingresso de objetos proibidos pode ocorrer através de amigos ou mesmo parentes de pessoas que se encontram dentro do sistema carcerário.

A outra hipótese diz respeito à ação conivente de alguns agentes públicos, entendida a expressão em seu sentido amplo, abrangendo não somente os agentes penitenciários, mas, também, o próprio diretor de penitenciária.

No entanto, não podemos confundir o delito de *omissão de dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar* com o crime de *corrupção passiva*, conforme verificaremos em destaque.

O núcleo utilizado pelo tipo penal constante do art. 319-A do Código Penal é o verbo *deixar*, pressupondo, outrossim, uma omissão por parte daquele que tinha o dever de vedar ao preso o acesso *indevido* a aparelho telefônico, de rádio ou similar, permitindo, dessa forma, a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

Dissemos que somente o *acesso indevido* se configura na infração penal em estudo. Isso porque o preso não está proibido de ter contato, por exemplo, com pessoas que se encontram fora do cárcere, a exemplo de parentes, amigos ou do seu próprio advogado, valendo-se de um aparelho telefônico. Ele pode e deve manter esse contato, desde que devidamente autorizado pela administração penitenciária, como ocorre quando utilizam os telefones públicos instalados dentro dos presídios. Tal orientação consta da Resolução nº 14, de 11 de novembro de 1994, do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, que, em seu art. 33, § 2º, após dizer que o preso estará autorizado a comunicar-se, periodicamente, sob vigilância, com sua família, parentes, amigos ou instituições idôneas, por correspondência ou por meio de visitas, esclarece que *o uso dos serviços de telecomunicações poderá ser autorizado pelo diretor do estabelecimento prisional.*

Trata-se de crime próprio, somente podendo ser praticado pelo *Diretor de Penitenciária*, ou seja, aquele encarregado da administração prisional, bem como de agente público, como é o caso dos agentes penitenciários, que tem o dever de *vedar*, ou seja, de *proibir* o indevido acesso do preso a aparelho telefônico, de rádio ou similar.

Exige o tipo penal que o indevido acesso seja sobre aparelho telefônico (seja ele fixo, como nos casos dos telefones públicos instalados nos presídios, ou móveis, como ocorre com os telefones celulares), de rádio (radiocomunicadores, *walkie-talkies* etc.), ou similares, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. Quer isso significar que os mencionados aparelhos, necessariamente, possam ser utilizados para essa comunicação, o que não ocorre, por exemplo, quando o preso possui um telefone quebrado, sem qualquer possibilidade de uso.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime próprio (somente podendo ser praticado pelo Diretor de Penitenciária e/ou agente público); doloso; omissivo próprio; de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; monossubsistente; não transeunte (haja vista a necessidade de ser apreendido o aparelho telefônico, de rádio ou similar).

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Tratando-se de crime próprio, o *sujeito ativo* do delito de omissão de dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar somente poderá ser o Diretor de Penitenciária e/ou agente público. A expressão *agente público* compreende qualquer pessoa que, no exercício de sua função pública, tenha o dever de impedir que o preso tenha acesso aos mencionados aparelhos de comunicação, como ocorre não somente com os agentes penitenciários aos quais, de acordo com o art. 2º da Lei nº 10.693, de 25 de junho de 2003, compete o exercício das atividades de atendimento, vigilância, custódia, guarda, assistência e orientação de pessoas recolhidas aos estabelecimentos penais, bem como aos policiais (delegados, detetives etc.) que de alguma forma tomarem conhecimento do fato.

Assim, imagine-se a hipótese em que um detetive presencie um detento fazendo uso de um aparelho telefônico e, dolosamente, nada faz para impedi-lo. Nesse caso, deverá responder pelo delito em estudo.

Sujeito passivo é o Estado.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *omissão de dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar.*

Objeto material é o aparelho telefônico, de rádio ou similar.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando o Diretor de Penitenciária e/ou agente público, tendo conhecimento da situação, dolosamente, nada faz para evitar que o preso tenha acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo. Deve ser frisado que o tipo penal não exige a efetiva comunicação do preso por meio de aparelho telefônico, de rádio ou similar, bastando que, deles, exista essa indevida possibilidade.

Entendemos não ser cabível a tentativa, pois a inação dolosa do agente, permitindo o indevido acesso do preso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, consuma a infração penal *sub examen*.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal constante do art. 319-A do diploma repressivo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa. Assim, por exemplo, se um agente penitenciário, negligentemente, permite que um preso tenha acesso a um aparelho de telefone celular, em razão de não ter procedido corretamente a uma revista na pessoa que foi àquele estabelecimento prisional justamente com a finalidade de entregar-lhe o mencionado aparelho, não poderá responder pelo delito previsto pelo art. 319-A do Código Penal.

Ao contrário, imagine a situação de um agente penitenciário, ou mesmo de um Diretor de Penitenciária que, mesmo percebendo que um preso porta um telefone celular, nada faz para apreendê-lo. Nesse caso, a omissão dolosa teria o condão de consumar a infração penal.

7. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito tipificado no art. 319-A do Código Penal é de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito de omissão de dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, tendo em vista que a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

8. DESTAQUES

8.1. Diferença entre os crimes de corrupção passiva e omissão de dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar

A finalidade do art. 319-A é a de impedir a omissão dolosa do Diretor Penitenciário e/ou agente público que nada faz para vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, a exemplo daquele que, percebendo que determinado preso está fazendo uso de um aparelho de telefone celular, não leva a efeito a devida apreensão, com a finalidade de impedir o seu uso. O fato de ter sido inserido pela Lei nº 11.466, de 28 de março de 2007, logo após o art. 319 do Código Penal, recebendo, até mesmo, igual numeração, nos induz a acreditar que se cuida de uma modalidade especial de prevaricação, embora o novo tipo penal não exija a mesma finalidade, ou seja, a satisfação de interesse ou sentimento pessoal.

Agora, imagine a hipótese em que o próprio agente público seja o fornecedor do mencionado aparelho de telefonia celular, ou mesmo tenha facilitado o seu ingresso, por meio de terceira pessoa, no sistema penitenciário, em virtude de ter recebido uma indevida vantagem, ou mesmo ter aceitado a promessa de tal vantagem. Nesse caso, deverá ser responsabilizado pelo crime de corrupção passiva, previsto pelo art. 317 do Código Penal, cujas penas cominadas são, em muito, superiores àqueles previstas pelo art. 319-A do mesmo diploma repressivo.

Assim, não podemos confundir a situação do agente público que, simplesmente, se omite em fazer a apreensão de um aparelho telefônico, de rádio ou similar, que está sendo indevidamente utilizado por um preso, com aquele que se corrompe, obtendo uma vantagem indevida (ou mesmo a promessa de tal vantagem), para que o preso tenha acesso aos mencionados aparelhos.

8.2. Falta grave pela posse e utilização ou fornecimento de aparelho telefônico, de rádio ou similar

Juntamente com a nova figura típica constante do art. 319-A do Código Penal, a Lei nº 11.466, de 28 de março de 2007, inseriu o inciso VII no art. 50 da Lei de Execução Penal, entendendo que comete *falta grave* o condenado à pena privativa de liberdade que *tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.*

Tal modificação legal foi impulsionada pelo fato de que inúmeras infrações penais foram orquestradas e comandadas do interior das penitenciárias (principalmente as localizadas nos Estados do Rio de Janeiro e São Paulo) por líderes de organizações criminosas, culminando numa série de atos de violência, tendo como alvo, até mesmo, instituições públicas e privadas.

No entanto, se o mencionado aparelho, por exemplo, durante uma revista, houver sido encontrado escondido no interior de alguma cela, o que é comum, caso não se consiga identificar o preso que, em tese, estaria praticando qualquer dos comportamentos previstos no atual inciso VII da LEP, a solução será pela não aplicação da falta disciplinar de natureza grave, devendo prevalecer, portanto, o benefício da dúvida.

> "1. A definição de falta grave, por implicar a restrição de diversos benefícios na execução da pena, como a perda de dias remidos (art. 127 da LEP) e a regressão de regime de cumprimento de pena (art. 118, inciso I, da LEP), deve ser interpretada restritivamente, nos termos do art. 50 do referido diploma legal.
>
> 2. A alteração promovida pela Lei nº 11.466/07, incluindo o inciso VII no art 50 da LEP, para constar que constitui falta grave ter 'em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo', visa coibir a comunicação dos presos entre si e com o ambiente fora do estabelecimento prisional, o que se faz com a posse de aparelhos telefônico, rádio ou similar, incluindo, naturalmente, os seus componentes, os quais, sem eles, os aparelhos não funcionariam.
>
> 3. É firme a orientação do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, comprovado o cometimento de falta grave pelo condenado, cabe ao Juízo da Execução, em estrita obediência ao que determina o art. 118, I, da Lei de Execução Penal, a decretação da regressão do regime prisional, após a oitiva do apenado.
>
> 4. O cometimento de falta grave implica a perda dos dias remidos e o reinício da contagem do prazo da pena remanescente para a concessão do benefício da progressão de regime prisional" (STJ, *HC* 139789/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 5ª T., j. 6/10/2009, *DJe* 3/11/2009).

8.3. Ingresso de pessoa portando aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional

A Lei nº 12.012, de 6 de agosto de 2009, acrescentou ao Código Penal o art. 349-A, que diz, *verbis*:

> **Art. 349-A.** Ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional:
>
> Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

CAPÍTULO 74

CONDESCENDÊNCIA CRIMINOSA

Condescendência criminosa

Art. 320. Deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente:

Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.

1. INTRODUÇÃO

Talvez o nosso ambiente de trabalho seja um dos lugares onde mais fazemos amizades. Muitos namoros e, até mesmo, casamentos aconteceram porque os casais se conheceram enquanto trabalhavam juntos. A amizade existente nos locais de trabalho faz com que muitas coisas sejam encobertas. Existe um sentimento de cumplicidade no qual as pessoas, na maioria das vezes, não querem receber a pecha de delatoras quando alguém faz alguma coisa errada.

No serviço público, a lei obriga a delação. Mais do que isso, exige que aquele que pratica alguma infração seja devidamente punido, pois está em jogo a estabilidade da Administração Pública.

Assim, o art. 320 do Código Penal prevê o delito de *condescendência criminosa*. De acordo com a sua redação típica, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de deixar o funcionário, por indulgência, de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo; b) ou quando lhe falte competência, não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente.

Na primeira hipótese existe uma relação de hierarquia entre o agente que cometeu a infração e aquele que é o competente para responsabilizá-lo administrativamente. Nesse caso, o funcionário hierarquicamente superior deixa, por indulgência, isto é, por tolerância, benevolência, clemência, de responsabilizar o autor da infração.

Na segunda modalidade de condescendência criminosa, prevê a lei penal uma espécie de delação entre funcionários que tenham o mesmo nível hierárquico ou, mesmo, hierarquias distintas. Nesse caso, como o funcionário não possui competência para, ele próprio, responsabilizar o agente infrator, sua obrigação limita-se a comunicar o fato à autoridade competente.

O art. 320 do Código Penal tem como pressuposto a prática de uma *infração*. A infração nele referida pode ser tão somente aquela de natureza administrativa, ou ainda importar em uma infração penal. Trata-se, portanto, de um conceito amplo de infração. No entanto, é importante frisar que a referida infração deve dizer respeito ao *exercício do cargo*, conforme determina o artigo em estudo. Assim, não pratica o delito de condescendência criminosa o funcionário que nada faz quando toma conhecimento de que um de seus subordinados emitiu um cheque sem fundos para a compra de um televisor. Ao contrário, deverá ser responsabilizado se, chegando ao seu conhecimento a infração a um dever funcional praticada por um de seus subordinados hierarquicamente, nada fizer para responsabilizá-lo, em prejuízo do bom andamento da Administração Pública.

Vale destacar que a *indulgência* é o elemento característico da condescendência criminosa, ou seja, como vimos, a clemência, a tolerância, enfim, a vontade de perdoar, pois se o agente atua com outra motivação o fato poderá se subsumir, dependendo da hipótese concreta, ao crime de prevaricação ou, mesmo, de corrupção passiva.

Para efeito de reconhecimento do delito em estudo, a lei penal não determina qualquer prazo para que seja providenciada a responsabilização do funcionário subordinado que cometeu infração no exercício do cargo, ou mesmo quando o funcionário não tiver competência para tanto, para que leve o fato ao conhecimento da autoridade competente. Contudo, o art. 143 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispôs sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais, nos auxilia na interpretação do art. 320 do Código Penal:

> **Art. 143.** A autoridade que tiver ciência de irregularidades no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao advogado de ampla defesa.

Dessa forma, assim que tomar conhecimento da infração, a autoridade competente deverá instaurar a sindicância ou o procedimento administrativo disciplinar; da mesma forma, o funcionário que não tiver competência para tanto deverá, imediatamente, levar os fatos ao conhecimento da autoridade competente, para que sejam tomadas aquelas providências.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime próprio no que diz respeito ao *sujeito ativo;* doloso; omissivo próprio (haja vista que o núcleo *deixar* implica inação); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; unissubsistente (não se podendo, pois, fracionar o *iter criminis*); transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Crime próprio, somente o funcionário público pode ser *sujeito ativo* do delito de *condescendência criminosa*, tipificado no art. 320 do Código Penal.

O sujeito passivo é o Estado.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *condescendência criminosa.*

Não há objeto material.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando o agente decide, por indulgência, deixar de responsabilizar subordinado que cometeu infração no exercício do cargo ou, quando lhe falta competência, também decide não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente. Conforme advertimos em nossa introdução, como a lei penal não determina qualquer prazo para que sejam levadas a efeito as providências no sentido de se apurar a responsabilidade do autor da infração, com a instauração da sindicância ou processo administrativo disciplinar, ou mesmo para que o funcionário que não tenha competência para tanto, leve o fato ao conhecimento da autoridade competente, tem-se entendido, conforme lições de Hungria, que "o crime se terá como consumado desde que, tendo conhecimento da infração praticada pelo subalterno, o superior deixa de diligenciar *imediatamente* no sentido da responsabilização do infrator, salvo motivo de força maior ou plenamente justificado".[1]

Por se tratar de crime unissubsistente, não será possível o reconhecimento da tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *condescendência criminosa*, não havendo previsão legal para a modalidade de natureza culposa.

1 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 381.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo *deixar* pressupõe um comportamento omissivo por parte do agente, cuidando-se, outrossim, de um crime omissivo próprio. Da mesma forma, a segunda conduta prevista no tipo (não levar o fato ao conhecimento da autoridade competente) também implica uma omissão própria.

8. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA

Determina o § 2º do art. 327 do Código Penal, *verbis*:

> § 2º A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

9. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *condescendência criminosa* é de detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.

A pena poderá ser aumentada da terça parte, conforme determina o § 2º do art. 327 do Código Penal, nas hipóteses nele previstas.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito tipificado no art. 320 do Código Penal, tendo em vista que a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Capítulo 75

Advocacia Administrativa

Advocacia administrativa

Art. 321. Patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração pública, valendo-se da qualidade de funcionário:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Parágrafo único. Se o interesse é ilegítimo:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, além da multa.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *advocacia administrativa* está previsto pelo art. 321 do Código Penal. De acordo com a redação típica, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de patrocinar, direta ou indiretamente; b) interesse privado perante a administração pública; c) valendo-se da qualidade de funcionário.

Patrocinar, aqui, tem o significado de defender, advogar. O funcionário público, portanto, atua como se fosse advogado, cuidando e fazendo a defesa de um interesse privado perante a Administração Pública. O art. 117, XI, da Lei nº 8.112/1990 proíbe o funcionário público de atuar, como procurador ou intermediário, nas repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro.

Esse patrocínio pode ser direto, ou seja, levado a efeito pelo próprio funcionário público, ou mesmo indireto, quando o funcionário, evitando aparecer diretamente, se vale de interposta pessoa, também conhecida como "testa-de-ferro", que atua segundo o seu comando e, como diz Hungria, "à sombra de seu prestígio (ex.: um seu filho)".[1]

1 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 383.

Conforme assevera Romeu de Almeida Salles Júnior,

> "o ato do funcionário agente de patrocinar será sempre considerado ilícito. No entanto, o interesse defendido pode ser lícito ou ilícito, justo ou injusto, sendo este fato indiferente para a configuração do crime. Basta que seja um interesse privado e alheio, não podendo ser interesse do próprio agente. O funcionário vale-se de sua função e das facilidades que esta lhe oferece para o patrocínio do interesse alheio (facilidade de acesso a colegas, influências, consideração). O interesse pode ser defendido em qualquer setor da Administração, mesmo que não seja o da atuação do agente. O patrocínio é feito visando a remuneração por parte do titular do interesse defendido. O funcionário não precisa ser advogado, em que pese a denominação legal, que tem como finalidade indicar o ato de defesa de interesse alheio".[2]

Não se configura a infração penal em estudo quando o funcionário, por exemplo, explica ao interessado os seus direitos perante a administração. O que a lei penal proíbe, na verdade, é que o funcionário assuma a "causa" do particular e pratique atos concretos que importem na sua defesa perante a administração pública.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime próprio no que diz respeito ao *sujeito ativo* (pois somente o funcionário público pode praticá-lo) e comum quanto ao sujeito passivo (uma vez que não somente a Administração Pública pode figurar nessa condição, como qualquer pessoa que tenha sido prejudicada com o comportamento praticado pelo sujeito ativo); doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Crime próprio, somente o funcionário público pode ser *sujeito ativo* do delito de *advocacia administrativa*, tipificado no art. 321 do Código Penal.

O sujeito passivo é o Estado, bem como a pessoa física ou jurídica diretamente prejudicada com a conduta praticada pelo sujeito ativo.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *advocacia administrativa.*

Não há objeto material.

2 SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. *Código penal interpretado*, p. 878.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito de *advocacia administrativa* se consuma com a prática de qualquer ato que importe em patrocínio de interesse privado perante a Administração Pública. Conforme esclarece Noronha, "não é mister que a ação do sujeito ativo se prolongue ou conste de vários atos, o que já está a dizer não ser preciso consiga o *funcionário-advogado* o coroamento da pretensão do *cliente*, ou, de qualquer modo, a solução dela".[3]

Tratando-se de crime plurissubsistente, será possível o raciocínio relativo à tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *advocacia administrativa*, não havendo previsão legal para a modalidade de natureza culposa.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo patrocinar pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria quando o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para impedir a prática do delito em estudo, por ele devendo responder nos termos preconizados pelo art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. MODALIDADE QUALIFICADA

Se o interesse privado, patrocinado pelo funcionário perante a administração pública, for ilegítimo, a pena será de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, além da multa, tendo em vista o maior juízo de censura, de reprovação, que recai sobre a conduta do agente.

É fundamental, no entanto, que o agente saiba ser ilegítimo o interesse particular por ele patrocinado perante a administração, pois, caso contrário, poderá ser afastada a qualificadora.

9. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA

Determina o § 2º do art. 327 do Código Penal, *verbis*:

> § 2º A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de

3 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 277.

direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

10. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *advocacia administrativa* é de detenção, de 1 (um) a 3 (três) meses, ou multa.

Para a modalidade qualificada, prevista no parágrafo único do art. 321, a pena é de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, além da multa.

A pena poderá ser aumentada da terça parte, conforme determina o § 2º do art. 327 do Código Penal, nas hipóteses nele previstas.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito tipificado no art. 321 do Código Penal, tendo em vista que a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

11. DESTAQUES

11.1. Advocacia administrativa da Lei de Licitações

Se o patrocínio levado a efeito pelo funcionário público disser respeito a interesse privado perante a Administração, dando causa à instauração de licitação ou à celebração de contrato, cuja invalidação vier a ser decretada pelo Poder Judiciário, será aplicado o art. 91 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que, além de outras providências, instituiu normas para licitações e contratos da Administração Pública.

11.2. Crime contra a ordem tributária

Se o agente patrocina, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público, o fato se subsumirá ao tipo penal constante do inciso III do art. 3º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo.

11.3. Concurso de crimes

Será admissível o concurso entre o crime de advocacia administrativa e outros delitos, a exemplo da corrupção passiva, concussão, prevaricação etc.

Preconiza Luiz Regis Prado:

> "Na hipótese de o interesse privado patrocinado se referir a ato de ofício do sujeito ativo, configura-se o delito de corrupção passiva ou prevaricação. Caso o agente receba gratificação pelo patrocínio, sem exigir ou reclamar a vantagem, configura-se apenas a condescendência criminosa.
>
> Ocorre estelionato quando o agente ilude o particular para receber vantagem indevida, fazendo-o crer irá patrocinar seu interesse, mas quedar-se inerte".[4]

4 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, p. 453-454.

Capítulo 76

Violência Arbitrária

Violência arbitrária

Art. 322. Praticar violência, no exercício da função ou a pretexto de exercê-la:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, além da pena correspondente à violência.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *violência arbitrária* encontra-se tipificado no art. 322 do Código Penal. Existe, no entanto, controvérsia doutrinária e jurisprudencial a respeito de sua revogação pela Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, que regulou o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal, nos casos de abuso de autoridade.

O Supremo Tribunal Federal, no RE 73914/SP, tendo como Rel. o Min. Osvaldo Trigueiro, em julgamento realizado em 3 de junho de 1972, entendeu que o art. 322 do Código Penal não havia sido revogado pela Lei nº 4.898/65. No mesmo sentido, Noronha se posicionou pela manutenção do art. 322 do Código Penal, afirmando ser "outra a finalidade da Lei que dispôs sobre o crime de abuso de autoridade".[1]

No entanto, majoritariamente, tem-se entendido pela revogação tácita do mencionado art. 322 do Código Penal. Damásio de Jesus, transcrevendo orientação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, aduz:

> "A Lei nº 4.898 regulou integralmente as figuras típicas dos crimes de abuso de poder, gênero a que pertencia o delito de violência arbitrária. A aplicação do disposto no art. 322 do Código Penal, durante sua vigência, ofereceu grandes dificuldades de interpretação, causando críticas e sugestões de reforma. O legislador, atendendo às críticas e sugestões,

1 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 283.

> simplesmente ordenou a matéria na lei nova, empregando termos minuciosos e permitindo ao julgador maior elasticidade na aplicação da sanção penal e maior equidade na fixação da resposta penal, em face da maior ou menor gravidade dos fatos. Além disso, havia dúvida a respeito de a descrição do art. 322 abranger somente a violência física ou também a moral. Assim, a lei nova surgiu para dirimir tais dúvidas, revogando o art. 322".[2]

Somos partidários da corrente que entende pela revogação do art. 322 pela Lei nº 4.898/1965. No entanto, como existe posição contrária, faremos a análise dos elementos que integram o delito de *violência arbitrária*, a saber: a) a conduta de praticar violência; b) no exercício da função ou a pretexto de exercê-la.

O núcleo *praticar* nos dá a ideia de agir, atuar com violência. Embora também exista controvérsia sobre a abrangência do conceito de violência, tem-se entendido, majoritariamente, que a violência mencionada pelo artigo em estudo é a de natureza física, não sendo por ele abrangida, portanto, aquela de cunho moral. Assim, somente as vias de fato, lesões corporais e, até mesmo, aquela violência praticada pelo agente que resulta na morte da vítima poderiam ajustar-se a esse conceito.

Para efeito de configuração do delito de *violência arbitrária*, o sujeito deverá atuar com violência no exercício da função ou a pretexto de exercê-la. Conforme esclarece Mirabete,

> "indispensável é que a violência ocorra no exercício da função ou que o agente pretexte exercê-la (*in-officio*). Imprescindível a existência de íntima conexão entre a violência e o desempenho da função, mesmo porque tal classe de delitos é caracterizada pela violação do dever de exercer corretamente a autoridade pública [...]. Quando a função não é a razão determinante do excesso nem o seu objetivo final, mas apenas a ocasião em que o sujeito ativo atua, inexiste o crime funcional".[3]

Merece ser registrado o fato de que a autoridade não está proibida de agir, em algumas situações, até mesmo com violência. O que se proíbe é o uso abusivo, arbitrário, da violência. Prova disso é que os arts. 284 e 292 do Código de Processo Penal fazem menção ao uso legítimo da violência, dizendo, respectivamente:

> **Art. 284.** Não será permitido o emprego de força, salvo a indispensável no caso de resistência ou de tentativa de fuga do preso.

2 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, v. 4, p. 172.

3 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de direito penal*, v. 3, p. 336.

> **Art. 292.** Se houver, ainda que por parte de terceiros, resistência à prisão em flagrante ou à determinada por autoridade competente, o executor e as pessoas que o auxiliarem poderão usar dos meios necessários para defender-se ou para vencer a resistência, do que tudo se lavrará auto subscrito também por duas testemunhas.

Isso sem falar na possibilidade de se agir em legítima defesa ou, mesmo, no estrito cumprimento de dever legal.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime próprio no que diz respeito ao *sujeito ativo* (pois somente o funcionário público pode praticá-lo) e comum quanto ao sujeito passivo (uma vez que não somente a Administração Pública figura nessa condição, como qualquer pessoa que tenha sofrido a violência); doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte (como norma, pois a violência sofrida pela vítima poderá ser comprovada por meio da prova pericial).

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Crime próprio, somente o funcionário público pode ser *sujeito ativo* do delito de *violência arbitrária*, tipificado no art. 322 do Código Penal.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como a pessoa física que sofreu a violência praticada pelo sujeito ativo.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *violência arbitrária.*

O objeto material é a pessoa contra a qual é praticada violência pelo funcionário público.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando o agente, abusivamente, pratica o ato de violência, no exercício de função ou a pretexto de exercê-la.

Tratando-se de delito plurissubsistente, torna-se possível o raciocínio relativo à tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *violência arbitrária*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo *praticar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente.

No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria quando o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para impedir a prática do delito em estudo, por ele devendo responder nos termos preconizados pelo art. 13, § 2º, do Código Penal.

Imagine-se, assim, a hipótese em que um comandante da polícia militar, durante uma *blitz*, ao perceber que um de seus inferiores hierárquicos abusaria de sua função, pois daria início, ilegitimamente, às agressões a uma pessoa que por ali passava, dolosamente, podendo, nada faz para evitar a prática do delito, devendo ser responsabilizado, outrossim, por sua omissão imprópria, pela mesma infração penal praticada por seu subordinado, vale dizer, para aqueles que não entendem pela revogação do art. 322 do Código Penal, pelo delito de violência arbitrária.

8. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA

Determina o § 2º do art. 327 do Código Penal, *verbis*:

> § 2º A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

9. PENA, AÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *violência arbitrária* é de detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, além da pena correspondente à violência.

A pena poderá ser aumentada da terça parte, conforme determina o § 2º do art. 327 do Código Penal, nas hipóteses nele previstas.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

10. DESTAQUES

10.1. Concurso de infrações penais

O preceito secundário do art. 322 do Código Penal determina, expressamente, que, além das penas nele cominadas, deverá o agente ser responsabilizado por aquelas correspondentes à violência.

Existe posição doutrinária no sentido de que a regra a ser aplicada ao caso concreto será a do concurso material de crimes.[4] No entanto, *permissa venia*, ousamos discordar, pois, na verdade, com a prática da violência o sujeito leva a efeito o delito tipificado no art. 322 do Código Penal. Assim, na verdade, temos uma conduta única, afetando dois bens jurídicos diversos, razão pela qual entendemos, tecnicamente, pelo concurso formal impróprio de crimes, devendo ser aplicada a regra do cúmulo material, haja vista ter atuado o agente com desígnios autônomos, nos termos preconizados pela última parte do art. 70 do Código Penal.

10.2. Absorção da contravenção penal de vias de fato

Embora a violência mencionada no tipo penal do art. 322 possa ser exercida por vias de fato, estas serão absorvidas pelo delito de violência arbitrária, conforme posição doutrinária e jurisprudencial dominante, não se aplicando a elas a segunda parte do preceito secundário do art. 322 do Código Penal.

4 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, v. 4, p. 174.

Capítulo 77

Abandono de Função

Abandono de função

Art. 323. Abandonar cargo público, fora dos casos permitidos em lei:

Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.

§ 1º Se do fato resulta prejuízo público:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

§ 2º Se o fato ocorre em lugar compreendido na faixa de fronteira:

Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *abandono de função* encontra-se tipificado no art. 323 do Código Penal. Embora a rubrica se utilize da expressão abandono de *função*, o tipo penal em exame faz menção a *cargo público*, conceito, portanto, mais estreito do que aquele. *Cargo público*, de acordo com a definição proposta pelo art. 3º da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, *é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor*, sendo que o parágrafo único do citado artigo aduz, ainda, que *os cargos públicos, acessíveis a todos os brasileiros, são criados por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão.*

Assim, de acordo com a redação constante do art. 323 do Código Penal, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de *abandonar* cargo público; b) fora dos casos permitidos em lei.

O núcleo *abandonar* tem o sentido de deixar, largar, não comparecer quando obrigado. Hungria, com precisão, esclarece:

> "*Abandonar*, no sentido do artigo ora comentado, é *deixar ao desamparo*, e tal não acontece quando está presente o funcionário a quem incumbe assumir o cargo na ausência

> do ocupante (efetivo ou interino). Neste caso, não haverá, sequer, possibilidade de dano, que é condição mínima para a existência de um evento criminoso".

E continua o renomado autor:

> "Se a ausência durar mais de 30 dias (segundo a nossa lei administrativa), poderá haver *falta disciplinar*, mas não crime. Para a existência deste, não se faz mister o decurso do dito prazo, bastando que o abandono dure por tempo capaz de criar possibilidade de prejuízo, público ou particular (a efetividade do prejuízo público [...] constitui condição de maior punibilidade [...]".[1]

Como podemos perceber pelas lições de Hungria, cuida-se, *in casu* de uma infração penal de perigo concreto. Assim, o abandono do cargo deve, efetivamente, criar uma situação de risco para a Administração Pública, impossibilitando ou, pelo menos, dificultando, por exemplo, a realização dos serviços a ela acometidos. Assim, imagine-se a hipótese em que um médico, ocupante de um cargo público, abandone o seu posto de trabalho sem que a Administração Pública tenha um substituto que possa exercer as funções que lhe eram atribuídas. Deverá, portanto, responder pelo delito em estudo.

O abandono deverá dizer respeito a *cargo*, e não a *função*, cujo conceito é mais amplo do que aquele. Aqui, não se poderá aplicar, portanto, o conceito de funcionário público por extensão, por assimilação ou por equiparação, constante do art. 327 do Código Penal. Não estão incluídos nas disposições constantes do art. 323 do Código Penal aqueles que exercem, tão somente, emprego ou função pública. Dessa forma, por exemplo, um jurado que exerce uma função pública, jamais poderia responder pelo delito em estudo, pois não ocupante de qualquer cargo.

Ressalva o art. 323 do Código Penal que somente será punido o abandono do cargo público que não for permitido em lei. Na verdade, a ressalva é completamente desnecessária, pois, como é cediço, se houver algum motivo de força maior, ou mesmo alguma causa de justificação, o fato deixará de ser tido como criminoso, podendo-se aplicar, *v.g.*, uma causa que exclua a ilicitude ou mesmo a culpabilidade. A título de raciocínio, imagine-se a hipótese em que o único médico de uma comunidade carente tenha sido ameaçado de morte pelos traficantes de drogas daquela região. O Estado não tem como garantir a segurança do seu funcionário. Nesse caso, pergunta-se: Seria exigível um outro comportamento a não ser abandonar o cargo? A resposta só pode ser negativa. Embora a continuidade do serviço público tenha sofrido com o abandono, não se poderia exigir daquele funcionário que arriscasse a própria vida, razão pela qual poderá, no caso, ser afastada a culpabilidade, eliminando-se a própria infração penal.

1 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 391.

Contudo, um simples pedido de *aposentadoria* ou mesmo de *exoneração* somente desobrigará o funcionário de dar continuidade às funções inerentes ao seu cargo quando for, definitivamente, deferido, com a necessária publicação do ato, pois, caso contrário, poderá ser responsabilizado pelo delito em estudo.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime próprio (na verdade, mais do que um crime próprio, o delito de abandono de função encontra-se no rol daqueles considerados como de mão própria, que exigem uma atuação pessoal, personalíssima do próprio agente); doloso; comissivo ou omissivo próprio (dependendo de como o comportamento é praticado, embora a corrente doutrinária majoritária o entenda somente como um crime omissivo próprio); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Somente o funcionário público, ocupante de determinado cargo, pode ser *sujeito ativo* do delito de *abandono de função*, tipificado no art. 323 do Código Penal.

O sujeito passivo é o Estado.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *abandono de função.*

Não há objeto material, embora exista posição contrária.[2]

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Tratando-se de um crime de perigo concreto, que põe em risco a Administração Pública em seus vários segmentos, a exemplo da saúde, segurança, continuidade do serviço público etc., o delito se consuma quando o abandono cria, efetivamente, um perigo de dano. Esse abandono, portanto, deverá ser por tempo suficiente, a ponto de gerar essa situação concreta de perigo.

Na hipótese de não ter havido qualquer perigo de dano à Administração Pública, o fato deverá ser resolvido na própria esfera administrativa, com a aplicação das sanções disciplinares que forem pertinentes ao caso.

Embora de difícil ocorrência, a definição sobre a possibilidade de tentativa, segundo nosso posicionamento, deverá ser feita caso a caso.

2 Conforme Guilherme de Souza Nucci (*Código penal comentado*, p. 1.000), que entende ser o *cargo público* o objeto material do delito em estudo.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *abandono de função*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Assim, se o agente, por exemplo, negligentemente, deixar de comparecer, por alguns dias, ao seu local de trabalho, trazendo, com isso, perigo para a Administração Pública, o fato deverá ser resolvido na esfera administrativa, afastando-se, outrossim, a infração penal em estudo.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Embora a maioria de nossos doutrinadores enxergue uma modalidade omissiva própria no crime de abandono de função, entendemos que o delito tipificado no art. 323 do Código Penal poderá ser praticado tanto comissiva quanto omissivamente, dependendo da interpretação que se dê ao comportamento do agente no caso concreto.

8. MODALIDADES QUALIFICADAS

Determina o § 1º do art. 323 do Código Penal:

> § 1º Se do fato resulta prejuízo público:
>
> Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

Aqui, justifica-se o aumento da pena em virtude da efetiva ocorrência de prejuízo público, ultrapassando, portanto, a mera situação de perigo prevista pelo *caput* do art. 323.

Também qualificará o delito de abandono de função se o fato ocorrer em lugar compreendido na faixa de fronteira, cominando o § 2º do art. 323 do Código Penal uma pena de detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

A conduta mencionada também merece um juízo maior de censura, haja vista que, com o abandono do cargo, o funcionário desertor coloca em risco a segurança nacional. O art. 1º da Lei nº 6.634, de 2 de maio de 1979, define a faixa de fronteira dizendo:

> **Art. 1º.** É considerada área indispensável à Segurança Nacional a faixa interna de 150 km (cento e cinquenta quilômetros) de largura, paralela à linha divisória terrestre do território nacional, que será designada como Faixa de Fronteira.

9. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA

Determina o § 2º do art. 327 do Código Penal, *verbis*:

> § 2º A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

10. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *abandono de função* é de detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.

Se do fato resulta prejuízo público, a pena será de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa, conforme determina o § 1º; se o fato ocorre em lugar compreendido na faixa da fronteira, a pena cominada é de detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

A pena poderá ser aumentada da terça parte, conforme determina o § 2º do art. 327 do Código Penal, nas hipóteses nele previstas.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito tipificado no art. 323, *caput*, e § 1º do Código Penal, tendo em vista que as penas máximas cominadas em abstrato não ultrapassam o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, em todas as modalidades de abandono de função.

11. DESTAQUE

11.1. Abandono de serviço eleitoral

O art. 344 do Código Eleitoral prevê uma modalidade especial de abandono dizendo:

> **Art. 344.** Recusar ou abandonar o serviço eleitoral sem justa causa:
>
> Pena – detenção, até 2 (dois) meses ou pagamento de 90 (noventa) a 120 (cento e vinte) dias-multa.

Capítulo 78

Exercício Funcional Ilegalmente Antecipado ou Prolongado

Exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado

Art. 324. Entrar no exercício de função pública antes de satisfeitas as exigências legais, ou continuar a exercê-la, sem autorização, depois de saber oficialmente que foi exonerado, removido, substituído ou suspenso:

Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.

1. INTRODUÇÃO

Para que o ato administrativo seja considerado válido, é fundamental que ele tenha sido realizado por agente que, por lei, tinha competência para tanto. A competência para a prática do ato, portanto, é um dos requisitos exigidos para a constatação de validade do ato administrativo, nos termos preconizados por Hely Lopes Meirelles,[1] ou o que Celso Antônio Bandeira de Mello denomina de pressuposto subjetivo, pois, segundo o renomado autor,

> "deve-se estudar a capacidade da pessoa *jurídica* que o praticou, a quantidade de atribuições do *órgão* que o produziu, a *competência* do agente emanador e a existência ou inexistência de óbices à sua atuação no caso concreto. Por exemplo: se o agente não estava afastado (por suspensão, férias, licença) ou impedido (por parentesco próximo, por temporária suspensão de sua competência). Claro está que vício no pressuposto subjetivo acarreta invalidade do ato".[2]

Com a finalidade de preservar a validade dos atos administrativos, bem como a de ser observado o princípio da legalidade, foi previsto pelo art. 324 do Código Penal o delito de *exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado.*

1 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 134.
2 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, p. 179.

De acordo com sua redação típica, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de *entrar* no exercício de função pública antes de satisfeitas as exigências legais; b) ou continuar a exercê-la, sem autorização, depois de saber oficialmente que foi exonerado, removido, substituído ou suspenso.

Exercício, nos termos preconizados pela Lei nº 8.112/90, *é o efetivo desempenho das atribuições do cargo público ou da função de confiança.* Assim, comete o delito em estudo o agente que começa a desempenhar as funções inerentes ao seu cargo antes de satisfeitas as exigências legais.

Na segunda parte do mencionado artigo encontra-se a previsão do comportamento do funcionário que, segundo Fragoso, prolonga o exercício da função

> "que não tem mais qualidade legal ou permissão para desempenhar. Como no primeiro caso, exige-se uma atividade positiva: o crime não pode ser praticado por omissão. Consuma-se com a prática de qualquer ato de ofício (um só que seja), de qualquer natureza, após ter sido *oficialmente notificado* de que foi exonerado, removido, substituído ou suspenso. A notificação deve ser pessoal, sendo indispensável que o agente tenha conhecimento direto e inequívoco da mesma (a dúvida aqui não basta)".[3]

Cuida-se de norma penal em branco, havendo necessidade de um complemento, a exemplo do que ocorre com aquele constante da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime próprio (na verdade, mais do que um crime próprio, o delito de *exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado* encontra-se no rol daqueles considerados como de mão própria, que exigem uma atuação pessoal, personalíssima do próprio agente); doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria na hipótese do art. 13, § 2º, do Código Penal); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

O sujeito ativo é o funcionário público. Exige-se que tenha sido o agente, pelo menos, nomeado, para efeitos de reconhecimento desse *status* de funcionário, sendo a nomeação considerada a forma de provimento originário. Conforme

3 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*, v. 2, p. 439.

prelecionam Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, "a única forma de provimento originário atualmente compatível com a Constituição é a nomeação e, para os cargos efetivos, depende sempre de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos".[4] Assim, para que o agente possa ser considerado sujeito ativo do delito em estudo, deverá ter sido nomeado, pois, caso contrário, não gozará da aludida qualidade, afastando-se, outrossim, a mencionada infração penal, podendo, no entanto, ser responsabilizado pelo delito de usurpação de função pública, tipificado no art. 328 do Código Penal.

Essa ressalva é pertinente à primeira parte do art. 324 do Código Penal, haja vista que, no que diz respeito à sua segunda parte, o funcionário já está, legalmente, no exercício de suas funções quando é exonerado, removido, substituído ou suspenso e, ainda assim, sem autorização, mesmo tendo tomado conhecimento de um desses atos, continua a exercê-las.

O *sujeito passivo* é o Estado.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado.*

Não há objeto material, embora exista posição em contrário.[5]

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Consuma-se o delito em estudo quando o agente, efetivamente, entra no exercício de função pública, praticando os atos que lhe são inerentes, antes de satisfeitas as exigências legais, ou quando continua a exercer suas funções, sem autorização, depois de saber oficialmente que foi exonerado, removido, substituído ou suspenso, exemplo da hipótese em que um Promotor de Justiça, mesmo sabendo oficialmente da sua remoção compulsória, continua a se manifestar nos processos e inquéritos policiais que ainda se encontravam no seu gabinete.

Tratando-se de crime plurissubsistente, torna-se possível o raciocínio correspondente à tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

4 ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo*, p. 254.

5 Conforme Guilherme de Souza Nucci. (*Código penal comentado*, p. 1.002), que entende ser a *função pública* o objeto material do delito em estudo.

Assim, imagine-se a hipótese em que um funcionário público, negligentemente, deixa de tomar conhecimento a respeito de sua remoção, continuando, assim, no exercício de suas funções. Nesse caso, afastando-se o dolo, o fato deverá ser considerado atípico, podendo o funcionário, no entanto, dependendo da hipótese concreta, ser responsabilizado administrativamente.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos *entrar* e *continuar* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria quando o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para impedir a prática do delito em estudo, por ele devendo responder nos termos preconizados pelo art. 13, § 2º, do Código Penal, a exemplo daquele que, percebendo que seu inferior hierárquico continuaria a exercer suas funções, mesmo depois de ter sido informado sobre a sua suspensão, dolosamente, nada faz para impedi-lo, pois considera injusto o ato administrativo.

8. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA

Determina o § 2º do art. 327 do Código Penal, *verbis*:

> § 2º A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

9. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado* é de detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa.

A pena poderá ser aumentada da terça parte, conforme determina o § 2º do art. 327 do Código Penal, nas hipóteses nele previstas.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito tipificado no art. 324 do Código Penal, tendo em vista que a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

CAPÍTULO 79

VIOLAÇÃO DE SIGILO FUNCIONAL

Violação de sigilo funcional

Art. 325. Revelar fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou facilitar-lhe a revelação:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave.

§ 1º Nas mesmas penas deste artigo incorre quem:

I – permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública;

II – se utiliza, indevidamente, do acesso restrito:

§ 2º Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

1. INTRODUÇÃO

O inciso XXXIII do art. 5º da Constituição Federal determina que *todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade*, ressalvando, no entanto, *aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado.*

Existe uma especial relação de confiança entre a Administração Pública e o seu funcionário, ocupante de um cargo público, que não pode ser quebrada, traída. O *intraneus*, ou seja, aquele que está "dentro" da Administração Pública, passa a ter conhecimento sobre fatos que, não fosse pela sua especial condição, lhe seriam completamente desconhecidos.

Seu dever de lealdade para com a Administração Pública impõe que, em muitas situações, guarde segredo sobre determinados fatos. Sua indevida revelação a terceiros não autorizados poderá importar na prática do delito de *violação de sigilo funcional*, tipificado no art. 325 do Código Penal, de onde podemos extrair os seguintes elementos, de acordo com a sua redação típica: a) a conduta de *revelar* fato de que tem ciência em razão do cargo; b) e que deva permanecer em segredo; c) ou facilitar-lhe a revelação.

O núcleo *revelar* é utilizado pelo texto legal no sentido de divulgar, tornar conhecido fato de que teve ciência em razão do cargo. O fato, como esclarece o mencionado artigo, deve ter chegado ao conhecimento do agente em virtude do cargo por ele ocupado, ou seja, *ratione officii*, pois, caso contrário, deixará de se configurar o tipo penal em estudo.

Somente importa na infração penal *sub examen* o fato que deve permanecer em segredo. Assim, se o agente divulga um fato que diz respeito à Administração Pública, mas sobre o qual não se exigia qualquer sigilo, tal comportamento não se subsumirá ao tipo penal constante do art. 325.

Não somente pratica o delito aquele que, pessoalmente, revela o fato de que teve ciência em razão do cargo e que devia permanecer em segredo, como também aquele que facilita sua revelação. Como diz Hungria:

> "A revelação (que consiste em fazer passar o fato da esfera do sigilo para a do indevido conhecimento de terceiro) pode ser *direta* ou *indireta*. No primeiro caso, o agente, ele próprio, comunica o fato a terceiro, *sponte sua* ou mediante determinação de outrem (podendo apresentar-se concurso com o crime de corrupção passiva ou prevaricação); no segundo, limita-se a facilitar a terceiro o conhecimento do fato, *in exemplis*: permitir, passivamente, o manuseio de um *dossier* secreto".[1]

Para efeito de configuração de delito de *violação de sigilo funcional*, basta que o fato que devia permanecer em segredo seja divulgado a uma única pessoa, que poderá ser um particular ou, mesmo, outro funcionário público a quem não era permitido saber a respeito do segredo divulgado.

Cuida-se, no entanto, do uma infração penal de perigo concreto, que deverá ser demonstrado caso a caso, para efeitos de configuração do delito. Se, porventura, da ação ou omissão resultar dano à Administração Pública ou a outrem, o agente deverá responder pela modalidade qualificada, prevista no § 2º do art. 325 do Código Penal.

1 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 396.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime próprio no que diz respeito ao sujeito ativo e comum quanto ao sujeito passivo, haja vista que não somente a Administração Pública, como qualquer pessoa física ou jurídica pode ser prejudicada com o comportamento praticado pelo agente; doloso; comissivo e omissivo próprio (pois a conduta de facilitar a revelação pode ser tanto praticada comissiva, quanto omissivamente); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Crime próprio, somente o funcionário público pode figurar como *sujeito ativo* do delito de *violação de sigilo funcional*.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como a pessoa física ou jurídica prejudicada com a conduta praticada pelo agente.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *violação de sigilo funcional*.

O objeto material do crime é o segredo funcional.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma com a efetiva revelação pelo funcionário, a uma única pessoa, do fato de que tem ciência em razão do cargo e que deva permanecer em segredo, ou quando o agente, de alguma forma, dolosamente, facilita a sua revelação.

Tratando-se de um delito plurissubsistente, torna-se possível o raciocínio relativo à tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *violação de sigilo funcional*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo *revelar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal.

Quando a conduta disser respeito à facilitação da revelação do segredo, esse comportamento, dependendo do caso concreto, poderá ser praticado tanto comissiva quanto omissivamente.

Prova disso é que o § 2º do art. 325 do Código Penal prevê uma modalidade qualificada de *violação de sigilo funcional*, fazendo menção expressa à omissão do agente, quando diz: *Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem.*

8. MODALIDADE ASSEMELHADA

Asseveram os incisos I e II do § 1º, acrescentado ao art. 325 do Código Penal pela Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000:

> § 1º Nas mesmas penas deste artigo incorre quem:
>
> I – permite ou facilita, mediante atribuição, fornecimento e empréstimo de senha ou qualquer outra forma, o acesso de pessoas não autorizadas a sistemas de informações ou banco de dados da Administração Pública;
>
> II – se utiliza, indevidamente, do acesso restrito.

9. MODALIDADE QUALIFICADA

Determina o § 2º, acrescentado ao art. 325 do Código Penal pela Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000, *verbis*:

> § 2º Se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem:
>
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Para que seja aplicada a qualificadora em exame, deverá ser demonstrado o dano efetivo sofrido pela Administração Pública ou por terceiro.

10. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA

Determina o § 2º do art. 327 do Código Penal, *verbis*:

> § 2º A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

11. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *violação de sigilo funcional*, previsto no *caput*, bem como no § 1º do art. 325 do Código Penal, é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa, se o fato não constitui crime mais grave, evidenciando, assim, expressamente, a sua natureza subsidiária.

Para a modalidade qualificada, constante do § 2º do art. 325 do Código Penal, a pena é de reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

A pena poderá ser aumentada da terça parte, conforme determina o § 2º do art. 327 do Código Penal, nas hipóteses nele previstas.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito tipificado no *caput*, bem como no § 1º do art. 325 do Código Penal (desde que não incida a majorante prevista no § 2º do art. 327 do mesmo diploma legal), tendo em vista que a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, também nas hipóteses constantes do *caput*, bem como nas do § 1º do art. 325 do Código Penal.

12. DESTAQUES

12.1. Lei de Segurança Nacional

Se o fato importar em revelação de segredo que diga respeito a planos, ações ou operações militares ou policiais que envolvam a segurança nacional, ou a ordem política e social, deverá ser aplicado o art. 21 da Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983, que diz:

> **Art. 21.** Revelar segredo obtido em razão de cargo, emprego ou função pública, relativamente a planos, ações ou operações militares ou policiais contra rebeldes, insurretos ou revolucionários:
>
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 10 (dez) anos.

12.2. Código Penal Militar

Existe, no art. 144 do Código Penal Militar, previsão para o delito de *revelação de notícia, informação ou documento, verbis*:

> **Art. 144.** Revelar notícia, informação ou documento, cujo sigilo seja de interesse da segurança externa do Brasil:
>
> Pena – reclusão, de três a oito anos.
>
> § 1º Se o fato é cometido com o fim de espionagem militar:
>
> Pena – reclusão, de seis a doze anos.
>
> § 2º Se o fato compromete a preparação ou a eficiência bélica do país:
>
> Pena – reclusão, de dez a vinte anos.
>
> § 3º Se a revelação é culposa:
>
> Pena – detenção, de seis meses a dois anos, no caso do *caput* do artigo; ou até quatro anos, nos casos dos §§ 1º e 2º.

12.3. Revelação de segredo particular

Se o segredo for particular, o fato poderá subsumir-se a uma das hipóteses previstas nos arts. 153 e 154, já analisados no volume 2 dessa obra, para onde pedimos *venia* para encaminhar o leitor.

12.4. Revelação das informações sobre as quais dispõe a Lei nº 8.021, de 12 de abril de 1990

O § 3º do art. 7º da Lei nº 8.021, de 12 de abril de 1990, que dispõe sobre a identificação dos contribuintes para fins fiscais, assevera:

> **Art. 7º.** A autoridade fiscal do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento poderá proceder a exames de documentos, livros e registros das bolsas de valores, de mercadorias, de futuros e assemelhadas, bem como solicitar a prestação de esclarecimentos e informações a respeito de operações por elas praticadas, inclusive em relação a terceiros.
>
> § 1º [...].
>
> § 2º [...].
>
> § 3º O servidor que revelar informações que tiver obtido na forma deste artigo estará sujeito às penas previstas no art. 325 do Código Penal Brasileiro.

12.5. Sigilo dos documentos públicos – Lei nº 8.159/91, arts. 22 a 24 (regulamentada pelo Decreto nº 4.553/02, art. 63)

Os arts. 22 a 24 da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991, dispõem sobre o acesso e sigilo dos documentos públicos, *verbis*:

> **Art. 22.** É assegurado o direito de acesso pleno aos documentos públicos.
>
> **Art. 23.** Decreto fixará as categorias de sigilo que deverão ser obedecidas pelos órgãos públicos na classificação dos documentos por ele produzidos.
>
> § 1º Os documentos cuja divulgação ponha em risco a segurança da sociedade e do Estado, bem como aqueles necessários ao resguardo da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas são originalmente sigilosos.
>
> § 2º O acesso aos documentos sigilosos referentes à segurança da sociedade e do Estado será restrito por um prazo máximo de 30 (trinta) anos, a contar da data de sua produção, podendo esse prazo ser prorrogado, por uma única vez, por igual período.
>
> § 3º O acesso aos documentos sigilosos referente à honra e à imagem das pessoas será restrito por um prazo máximo de 100 (cem) anos, a contar da sua data de produção.
>
> **Art. 24.** Poderá o Poder Judiciário, em qualquer instância, determinar a exibição reservada de qualquer documento sigiloso, sempre que indispensável à defesa de direito próprio ou esclarecimento de situação pessoal da parte.
>
> **Parágrafo único.** Nenhuma norma de organização administrativa será interpretada de modo a, por qualquer forma, restringir o disposto neste artigo.

O Decreto nº 4.553, de 27 de dezembro de 2002, a seu turno, dispõe sobre a salvaguarda de dados, informações, documentos e materiais sigilosos de interesse da segurança da sociedade e do Estado, no âmbito da Administração Pública federal.

Capítulo 80

Violação do Sigilo de Proposta de Concorrência

Violação do sigilo de proposta de concorrência

Art. 326. Devassar o sigilo de proposta de concorrência pública, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa.

1. INTRODUÇÃO

O art. 326 do Código Penal foi revogado pelo art. 94 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamentou o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e instituiu normas para licitações e contratos da Administração Pública, assim redigido:

> **Art. 94.** Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:
>
> Pena – detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa.

Comparando-se os dois artigos, verifica-se que no tipo penal criado pela lei nova foi modificada a expressão *concorrência pública*, para *procedimento licitatório*, abrangendo, portanto, outras situações não previstas pelo tipo penal revogado. Isso porque, conforme se verifica pelo art. 22 da Lei nº 8.666/93, são modalidades de licitação: I – concorrência; II – tomada de preços; III – convite; IV – concurso; V – leilão.[1]

1 Além dessas, a Lei federal nº 9.472, de 16 de julho de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações – LGT), no parágrafo único do art. 54 e nos arts. 55 a 58, inovou ao inserir em nosso ordenamento jurídico duas novas modalidades de licitação para a aquisição de bens e serviços, vale dizer, a chamada "consulta" (apenas para as Agências Reguladoras) e o "pregão". Posteriormente, a nova modalidade "pregão" foi estendida para todas as esferas da Administração Pública por meio da Medida Provisória nº 2.026, de 4 de maio de 2000, que foi convertida na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002. *Pregão*, de acordo com o art. 1º da referida lei, é a modalidade de licitação destinada à aquisição de bens e serviços comuns, entendidos como tais aqueles cujos padrões de desempenho e qualidade possam ser objetivamente definidos pelo edital, por meio de especificações usuais no mercado.

Concorrência, de acordo com o § 1º do art. 22 da mencionada Lei, é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados que, na fase inicial de habilitação preliminar, comprovem possuir os requisitos mínimos de qualificação exigidos no edital para execução de seu objeto.

Tomada de preços, conforme o § 2º da mencionada lei, é a modalidade de licitação entre interessados devidamente cadastrados ou que atenderem a todas as condições exigidas para cadastramento até o terceiro dia anterior à data do recebimento das propostas, observada a necessária qualificação.

Convite é a modalidade de licitação entre interessados do ramo pertinente ao seu objeto, cadastrados ou não, escolhidos e convidados em número mínimo de 3 (três) pela unidade administrativa, a qual afixará, em local apropriado, cópia do instrumento convocatório e o estenderá aos demais cadastrados na correspondente especialidade que manifestarem seu interesse com antecedência de até 24 (vinte e quatro) horas da apresentação das propostas (§ 3º).

Concurso é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a escolha de trabalho técnico, científico ou artístico, mediante a instituição de prêmios ou remuneração aos vencedores, conforme critérios constantes de edital publicado na imprensa oficial com antecedência mínima de 45 (quarenta e cinco) dias.

Leilão, de acordo com a nova redação dada ao § 5º do art. 22 da Lei nº 8.666/93, pela Lei nº 8.883/94, é a modalidade de licitação entre quaisquer interessados para a venda de bens móveis inservíveis para a administração ou de produtos legalmente apreendidos ou penhorados, ou para a alienação de bens imóveis, prevista no art. 19 da Lei de Licitações, a quem oferecer o maior lance, igual ou superior ao valor da avaliação.

Verifica-se, portanto, que a nova lei ampliou o seu campo de atuação, haja vista que, agora, prevê em seu tipo penal (art. 94 da Lei nº 8.666/93) o *procedimento licitatório*, gênero do qual é espécie a *concorrência*.

As condutas proibidas, no entanto, continuam as mesmas, vale dizer: a) devassar o sigilo (agora, de proposta apresentada em procedimento licitatório), ou b) proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo.

O núcleo *devassar* deve ser entendido no sentido de tomar conhecimento da proposta, ao passo que *proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo* importa em permitir que terceiro tenha acesso a ela, sendo que sua finalidade é devassá-la. Noronha esclarece que "facilita a revelação o que propositadamente deixa aberta a porta do cofre ou gaveta onde se encontra o documento sigiloso; o que dá informes sem os quais o terceiro não poderia descobrir o segredo", e continua o renomado autor, citando Ricio, dizendo:

> "A facilitação é diversa da revelação, porquanto na primeira quem adquire o conhecimento desenvolve uma atividade para tal fim, enquanto que, na segunda, tal atividade não é requerida como elemento essencial do tipo. A facilitação, na verdade, consiste em facilitar a tarefa do particular, no torná-la possível ou menos difícil, em um *auxílio* ao *particular*".[2]

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime próprio no que diz respeito ao sujeito ativo e comum quanto ao sujeito passivo, haja vista que não somente a Administração Pública, como qualquer pessoa física ou jurídica pode ser prejudicada com o comportamento praticado pelo agente; doloso; comissivo e omissivo próprio, uma vez que se poderá raciocinar com a hipótese de crime omissivo quando o agente proporciona a terceiro o ensejo de devassar procedimento licitatótio; de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Crime próprio, somente o funcionário público pode figurar como *sujeito ativo* do delito tipificado no art. 94 da Lei nº 8.666/93.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como a pessoa física ou jurídica prejudicada com a conduta praticada pelo agente.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal em estudo.

O objeto material é a proposta apresentada em procedimento licitatório..

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando ocorre, efetivamente, a devassa, isto é, quando o agente ou terceira pessoa (no caso da facilitação, prevista na segunda parte do art. 94 da Lei nº 8.666/93) toma conhecimento do conteúdo da proposta apresentada em procedimento licitatório. Como esclarece Noronha,

> "em qualquer das modalidades é com a *revelação* do segredo que o delito se consuma, ou seja, quando o terceiro (basta uma pessoa; dispensável é a divulgação, a difusão etc.) toma conhecimento do fato, dele tem ciência ou se torna sabedor. É agora que existe *revelação*, quer o agente a tenha feito, quer a haja facilitado".[3]

Tratando-se de crime plurissubsistente, torna-se possível o raciocínio correspondente à tentativa.

2 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 297.
3 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 298.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê a violação do sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo *devassar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, quando o agente *proporciona* a terceiro o ensejo de devassar o sigilo, tal comportamento pode ser entendido em ambos os sentidos, ou seja, o agente poder levar a efeito essa conduta fazendo ou, mesmo, deixando de fazer alguma coisa. Assim, tanto pode cometer o delito em estudo aquele que entrega a proposta nas mãos de terceira pessoa, a fim de que ela devasse o seu conteúdo, ou o que permite que alguém dela tome conhecimento, em virtude de não ter sido, propositadamente, guardada em lugar seguro.

8. PENA E AÇÃO PENAL

A pena cominada pelo preceito secundário do art. 94 da Lei nº 8.666/93 é de detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

CAPÍTULO 81

USURPAÇÃO DE FUNÇÃO PÚBLICA

Usurpação de função pública

Art. 328. Usurpar o exercício de função pública:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Se do fato o agente aufere vantagem:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

1. INTRODUÇÃO

A Administração Pública deverá zelar, sempre, pela validade de seus atos, praticados por aqueles aos quais foram atribuídas algumas funções. A preocupação com relação à validade dos atos administrativos importa em coibir, por intermédio do Direito Penal, comportamentos que maculem a imagem da Administração Pública, trazendo a incerteza e a instabilidade. Por isso, até mesmo o agente que seja funcionário público, vale dizer, um *intraneus*, deve praticar os atos que lhe são conferidos legalmente, e no exercício das funções que lhe foram legitimamente conferidas, sob pena, como vimos anteriormente, de ser responsabilizado, por exemplo, pelo delito de *exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado* nas hipóteses nele previstas.

Também com a finalidade de proteger a Administração Pública foi criado o delito de *usurpação de função pública*, tipificado no art. 328 do Código Penal. De acordo com a redação típica, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de *usurpar*; b) o exercício de função pública.

O núcleo *usurpar* deve ser entendido no sentido de exercer indevidamente, fazendo-se passar por um funcionário público devidamente investido para a prática do ato de ofício. Há necessidade, portanto, para efeitos de caracterização do delito em estudo, que o agente, efetivamente, pratique algum ato que diga respeito ao exercício de determinada função pública.

Conforme esclarece Mirabete,

> "refere-se a lei a qualquer função, gratuita ou remunerada. É indispensável, portanto, que se trate de função própria da administração, uma vez que há algumas delas que podem ser exercidas por particulares. Não basta, ainda, que o agente intitule-se funcionário ou que se apresente como ocupante de determinado cargo, o que pode constituir outro ilícito; é necessária a prática do ato de ofício".[1]

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; de forma livre, comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor, nos termos do art. 13, § 2º, do CP); instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte (podendo, no entanto, ser considerado como não transeunte, quando o agente vier a praticar qualquer ato passível de prova pericial).

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Tratando-se de crime comum, qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *usurpação de função pública*, não exigindo o tipo penal nenhuma qualidade ou condição especial. Poderá, até mesmo, embora exista controvérsia jurisprudencial, ser praticado por um funcionário público, que atua completamente fora de suas atribuições, equiparando-se, aqui, a um particular.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como qualquer pessoa que tenha sido eventualmente prejudicada com a conduta praticada pelo sujeito ativo.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *usurpação de função pública*.

O objeto material é a função pública usurpada pelo agente.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, pratica qualquer ato que importe no exercício da função por ele usurpada. Não basta, outrossim, dizer-se ocupante daquela função, havendo necessidade, portanto, de prática de atos de ofício que digam respeito ao seu exercício.

Tratando-se de delito plurissubsistente, torna-se possível o raciocínio correspondente à tentativa.

1 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código penal interpretado*, p. 2408.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Esclarece Luiz Regis Prado que "a ausência do *animus* de usurpar, portanto, afasta o delito, *v.g.*, na hipótese de escrivão de polícia que, para auxiliar delegado de polícia, procede ao interrogatório do indiciado, em inquérito policial, visando acelerar os trabalhos da polícia judiciária".[2]

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo *usurpar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria, na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, nada fizer para evitar a prática do delito *sub examen*, devendo ser responsabilizado nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. MODALIDADE QUALIFICADA

O parágrafo único do art. 328 prevê uma modalidade qualificada de *usurpação de função pública*, dizendo:

> **Parágrafo único.** Se do fato o agente aufere vantagem:
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

A vantagem mencionada pelo parágrafo pode ser de qualquer natureza (material ou moral). O importante é que o agente pratique o ato de ofício, usurpando função pública, movido por essa finalidade de obter vantagem. Nesse caso, como o agente, efetivamente, pratica os atos que importam no exercício da função pública por ele usurpada, ficaria afastado o delito de estelionato, devendo o agente responder tão somente pelo tipo penal do art. 328.

9. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena prevista para a modalidade simples de *usurpação de função pública* é de detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Para a modalidade qualificada, constante do parágrafo único do art. 328 do Código Penal, a pena é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e o julgamento do delito tipificado no *caput* do art. 328 do Código Penal, tendo

2 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, p. 510.

em vista que a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, também na hipótese do *caput* do art. 328 do Código Penal.

10. DESTAQUES

10.1. Agente que é o titular da função, mas que se encontra temporariamente suspenso por decisão judicial

Caso o agente, por exemplo, venha a praticar atos que importem no exercício de função de que fora judicialmente suspenso, deverá ser responsabilizado pelo delito tipificado no art. 359 do Código Penal, que diz, *verbis*:

> **Art. 359.** Exercer função, atividade, direito, autoridade ou múnus, de que foi suspenso ou privado por decisão judicial:
>
> Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

Assevera Hungria, no entanto, que, se o ato que determinou sua suspensão tiver natureza administrativa, "nada mais se poderá reconhecer que uma falta disciplinar".[3]

10.2. Agente que finge ser funcionário, sem praticar, efetivamente, qualquer ato

Caso o agente venha, por exemplo, a apresentar-se como funcionário público sem, no entanto, praticar qualquer ato funcional, o fato se subsumirá à contravenção penal de *simulação da qualidade de funcionário*, prevista pelo art. 45 da Lei das Contravenções Penais (Decreto-Lei nº 3.688/41).

10.3. Código Penal Militar

O art. 335 do Código Penal Militar prevê, também, uma modalidade de *usurpação de função* dizendo:

> **Art. 335.** Usurpar o exercício de função em repartição ou estabelecimento militar:
>
> Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos.

3 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. 9, p. 409.

10.4. Usurpação de função pública e estelionato

O crime de usurpação de função pública se distingue do delito de estelionato, haja vista que, embora no primeiro, o agente possa, efetivamente, auferir alguma vantagem, esta advém do exercício indevido de alguma função pública. No estelionato, o agente não exerce qualquer função, mas, sim, faz passar-se por um funcionário com a finalidade de induzir ou manter a vítima em erro para obter uma vantagem ilícita.

No delito de usurpação de função pública, algum ato de ofício é praticado indevidamente; já no estelionato, isso não ocorre. Assim, o estelionato seria um *minus*, comparativamente ao delito qualificado de usurpação de função pública, previsto no parágrafo único do art. 328 do Código Penal.

10.5. Usurpação de função pública praticada por funcionário público

Existe controvérsia jurisprudencial sobre a possibilidade de poder o funcionário público figurar como sujeito ativo do delito de usurpação de função pública, haja vista a situação topográfica do art. 328 do Código Penal, que se encontra inserido no capítulo II, relativo aos crimes praticados por *particular* contra a administração em geral.

Apesar da aludida controvérsia, entendemos que o delito poderá, também, ser praticado por funcionário público que venha a exercer, indevidamente, função para a qual não tinha atribuições.

Assim, estamos com Noronha, quando esclarece:

> "Comete o crime aquele que, nos termos da lei, usurpa o exercício de função pública. É o particular, como bem claro deixa a epígrafe do capítulo. Todavia, [...] pode igualmente praticá-lo o servidor público, quando a função for atribuída a outro funcionário. Em tal caso, é mister que as funções se distingam e estremem, como pondera Sabatini: 'Deve ser uma função de todo estranha à de que está investido, porque se age, de qualquer modo, na esfera de suas funções ou abusa dos poderes inerentes à mesma, no concurso de outros requisitos, responde a título do crime mencionado'. Refere-se o autor ao delito de *abuso de poder*. Realmente, uma coisa é exceder-se no exercício da função e outra é investir-se na que não possui".[4]

4 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 304.

Capítulo 82
Resistência

Resistência

Art. 329. Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio:

Pena – detenção, de 2 (dois) meses a 2 (dois) anos.

§ 1º Se o ato, em razão da resistência, não se executa:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

§ 2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

1. INTRODUÇÃO

Para que a Administração Pública possa cumprir todas as suas funções, impedindo o caos social, é de extrema importância que seus atos, legalmente emanados, sejam obedecidos por todos. Em algumas situações, a forma como o ato é descumprido gera consequências tão gravosas que o legislador entendeu por bem elevá-la ao *status* de infração penal, tal como aconteceu com o delito de *resistência,* tipificado no art. 329 do Código Penal. De acordo com sua redação legal, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de opor-se à execução de ato legal; b) mediante violência ou ameaça; c) a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio.

Quando a lei penal, a fim de caracterizar aquilo que denominou de *resistência*, utiliza a expressão *opor-se à execução de ato legal*, mediante violência ou ameaça, não está abrangendo toda e qualquer resistência, mas, sim, aquela de natureza *ativa*, não importando, na infração penal em estudo, a resistência reconhecida como *passiva.*

Na lapidar lição de Hungria,

> "a oposição deve ter, na espécie, um caráter militante. A simples desobediência ou resistência passiva (*vis civilis*) poderá constituir outra figura criminal (art. 330), sujeita a penalidade sensivelmente inferior. Se não há emprego de violência (*vis physica, vis corporalis*) ou de ameaça (*vis compulsiva*), capaz de incutir medo a um Homem de tipo normal, limitando-se o indivíduo à inação, à atitude ghândica, à fuga ou tentativa de fuga, à oposição branca, à manifestação oral de um propósito de recalcitrância, à simples imprecação de males (pragas), não se integra a resistência. Não a comete, por exemplo, o indivíduo que se recusa a abrir a porta de sua casa ao policial que o vai prender, ou se agarra a um tronco de árvore ou atira-se ao chão para não se deixar conduzir ao local da prisão".[1]

Para que a resistência seja considerada *ativa* e, portanto, característica do delito tipificado no art. 329 do Código Penal, deverá o agente, tal como assinalou Hungria, valer-se do emprego de violência ou ameaça. A violência deverá ser aquela dirigida contra a pessoa do funcionário competente para executar o ato legal, ou mesmo contra quem lhe esteja prestando auxílio. Importa em vias de fato, lesões corporais, podendo até mesmo chegar à prática do delito de homicídio. A ameaça também poderá ser utilizada como meio para a prática do delito em estudo. Embora a lei penal não utilize a expressão *grave ameaça,* tal como fez em outras situações, a exemplo do crime de roubo, entendemos que, também aqui, deverá ter alguma gravidade, possibilitando abalar emocionalmente um homen normal, ficando afastado aquela de nenhuma significância.

Como na *resistência passiva* o agente não utiliza esses meios – violência ou ameaça – para opor-se à execução do ato legal, caso ocorra, poderá, como já esclarecido anteriormente por Hungria, configurar-se em outra infração penal, como o já citado delito de desobediência.

Para que ocorra o delito de resistência, o agente deve opor-se a um ato legal, ou seja, determinado de acordo com os ditames da lei. No entanto, se o ato for ilegal, a resistência daquele contra quem é executado caracterizará o delito em estudo? Respondendo a essa indagação, surgiram três correntes.

Durante o absolutismo, prevalecia a corrente segundo a qual havia presunção de legalidade em todo ato praticado pelos funcionários públicos, razão pela qual não se poderia arguir qualquer direito de resistência. Como esclarece Noronha,

> "admitir o contrário, argumentam, é ensejar a desordem e a anarquia; é favorecer o espírito rebelde e desordeiro, é desprestigiar o funcionário. Acrescentam ainda que se este

1 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 411.

> se exceder ou agir arbitrariamente, haverá sempre recursos contra o abuso de poder ou violência que praticou. Essa opinião só pode servir aos pregoeiros do absolutismo do poder público e ser compreensível nos regimes totalitários. Não pode haver *rebeldia* à desordem, nem *desprestígio* da ilegalidade. A função pública não abrange atos abusivos ou arbitrários. O funcionário, que os pratica, despe-se dessa qualidade para agir como particular, não mais estando em jogo o princípio de autoridade".[2]

Com o final do absolutismo e o início do século das luzes, o espírito liberal passou a imperar. Surge, com relação ao direito de resistência, uma postura diametralmente oposta àquela que prevalecia durante o "período de escuridão". Essa postura liberal foi consignada expressamente no art. 11 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1793, que diz: *Todo ato exercido contra um homem fora dos casos e sem as formas que a Lei determina é arbitrário e tirânico; aquele contra quem se quer exercer pela violência tem o direito de rechaçá-lo pela força.* Os revolucionários diziam que, mais do que um *direito de resistência*, os cidadãos tinham um verdadeiro *dever de resistência*, pois todos tinham a missão de esmagar a tirania do poder.

Assumindo uma posição intermediária, surgiu uma terceira corrente no que diz respeito à possibilidade do direito de resistência. Para essa corrente, adotada pelo nosso Código Penal, somente se pode falar em direito de resistência quando o sujeito estiver diante de um ato manifestamente ilegal. Não importa que o ato seja formal ou materialmente ilegal, pois, desde que manifestamente contrário às disposições legais, caberá o direito de resistência, atuando o sujeito que o repele amparado por uma causa de justificação, a exemplo da legítima defesa.

Não se pode confundir, no entanto, *ato injusto* com *ato manifestamente ilegal.* Contra a *injustiça do ato* não cabe o direito de resistência. Se o ato está formal e materialmente correto, contra ele não se pode arguir o direito de resistência.

Contudo, se o ato era originariamente legal, mas o funcionário se excede na sua execução, contra esse excesso caberá o direito de resistência, alegando-se, por exemplo, a legítima defesa, haja vista que todo excesso se configura numa agressão injusta e, consequentemente, abre a possibilidade para o raciocínio relativo a essa causa de justificação.

Finalmente, o ato, além de ser formal e materialmente legal, deverá ser executado por *funcionário competente* ou por *quem lhe esteja prestando auxílio.* Como esclarece Hungria,

> "pouco importa que o executor do ato seja titular primário ou secundário da autoridade pública: o que é essencial é que

2 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 309.

> tenha competência funcional *in concreto*. A especial proteção ampliada ao *extraneus* que presta auxílio ao funcionário vem de que tal assistente representa um desdobramento, um *delegado* ou uma *longa manus* do assistido. A assistência pode ser prestada mediante requisição ou a rogo do funcionário, ou espontaneamente (com assentimento do funcionário); e pressupõe a presença do assistido".[3]

Como ressaltado por Hungria, é de extrema importância a presença do assistido, ou seja, do funcionário público competente para a execução do ato legal, para efeitos de reconhecimento do crime de resistência quando a conduta praticada pelo agente (violência ou ameaça) é dirigida contra o particular que o auxilia, pois, caso contrário, restará afastado o delito em estudo. Assim, imagine-se a hipótese daquele que, ao presenciar a prática de uma infração penal, vá ao encontro do autor do fato com a finalidade de prendê-lo, e o agente, não querendo ser preso, agrida o particular e consiga fugir do local do crime. Nesse caso, não poderíamos cogitar de crime de resistência, haja vista a ausência de funcionário público competente para a execução da prisão em flagrante. Embora seja facultado ao particular, de acordo com o art. 301 do Código de Processo Penal, prender o agente em flagrante, não estava *prestando auxílio* ao funcionário competente para executar o ato legal, mas, sim, atuando por sua própria conta e risco. Portanto, a *prestação de auxílio* a um funcionário público que estiver executando um ato legal é que permite o reconhecimento do delito de resistência quando a violência ou a ameaça for exercida contra um particular.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum no que diz respeito ao sujeito ativo e próprio quanto ao sujeito passivo; doloso; de forma livre, comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese de o agente gozar do *status* de garantidor, nos termos do art. 13, § 2º, do CP); instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte (podendo, no entanto, ser considerado como não transeunte, quando o agente vier a praticar qualquer ato passível de prova pericial).

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de resistência, tratando-se, portanto, de crime comum.

O sujeito passivo é o Estado, bem como o funcionário ou terceira pessoa que lhe esteja prestando auxílio, contra quem foi dirigida a conduta praticada pelo sujeito ativo.

3 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 412.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo delito de *resistência*.

O objeto material é a pessoa contra a qual foi praticada a violência ou proferida a ameaça.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Consuma-se o delito de *resistência* com a simples oposição à execução de ato legal, valendo-se o agente do emprego de violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio.

Não há necessidade, para efeitos de reconhecimento do *summatum opus*, que o funcionário deixe de praticar o ato em virtude do comportamento praticado pelo agente. Caso não concretize o ato para o qual havia sido legalmente designado a executar, tal fato importará em maior juízo de censura, fazendo com que o delito seja qualificado, nos termos do § 1º do art. 329 do Código Penal.

Tratando-se de crime plurissubsistente, torna-se possível o raciocínio relativo à tentativa, embora seja de difícil configuração.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Para que o agente seja responsabilizado pelo delito de resistência, deverá ter conhecimento, outrossim, de todos os elementos que integram a figura típica, principalmente no que diz respeito à legalidade do ato, bem como à qualidade de funcionário público de quem o executa, pois, caso contrário, poderá ser arguido o erro de tipo, eliminando-se o dolo e, consequentemente, a própria infração penal.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

A conduta de se opor à execução de ato legal pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, principalmente levando-se em consideração o fato, como vimos, de que não se configura na infração penal em exame a chamada *resistência passiva*. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria, na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, nada fizer para evitar a prática do delito *sub examen*, devendo ser responsabilizado nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. MODALIDADE QUALIFICADA

Assevera o § 1º do art. 329:

> § 1º Se o ato, em razão da resistência, não se executa:
> Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Tratando-se de crime formal, de consumação antecipada, a simples oposição à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça, já tem o condão de consumar o delito de *resistência*. No entanto, importa em maior juízo de reprovação, de censurabilidade, quando o agente, mediante o emprego de violência ou ameaça, impede a execução do ato, devendo, pois, ser responsabilizado pela modalidade qualificada, prevista no mencionado § 1º.

9. CONCURSO DE INFRAÇÕES PENAIS

O § 2º do art. 329 determina:

> § 2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

De acordo com a redação legal, podemos chegar a uma primeira conclusão, vale dizer, que somente haverá concurso de infrações penais entre o delito de resistência e aquele originário da violência, não sendo abrangida pelo tipo penal em estudo a *ameaça*, que ficará absorvida pelo delito tipificado no art. 329 do Código Penal.

Quanto à violência, entendemos que também restará afastada a contravenção penal de vias de fato, abrangendo o § 2º do art. 329 do Código Penal, tão somente, os delitos de lesão corporal (leve, grave, gravíssima ou seguida de morte) e homicídio.

Haverá, no caso, um concurso formal impróprio, aplicando-se a regra do cúmulo material, prevista na parte final do *caput* do art. 70 do Código Penal.

10. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada para a modalidade fundamental do delito de resistência é de detenção, de 2 (dois) meses a 2 (dois) anos.

Para a modalidade qualificada, constante do § 1º do art. 329 do Código Penal, a pena é de reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Em ambas as situações, o agente deverá, nos termos preconizados pelo § 2º do art. 329 do Código Penal, responder também pelas penas correspondentes à violência praticada.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito tipificado no *caput* do art. 329 do Código Penal, tendo em vista que a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, também nas hipóteses do *caput* e do § 1º do art. 329 do Código Penal.

11. DESTAQUES

11.1. Resistência e embriaguez

Existe discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito da influência da embriaguez do agente para efeitos de caracterização do delito de resistência.

Uma primeira corrente aduz que a embriaguez teria o condão de afastar o dolo, eliminando, consequentemente, a infração penal. Existe posição, ainda, no sentido de que mesmo nos casos de embriaguez completa, não proveniente de caso fortuito ou força maior, deveria o agente responder pela infração penal praticada, aplicando-se, pois, a teoria da *actio libera in causa*.

Tal como discorremos quando do estudo do crime de ameaça, entendemos que a questão não pode ser colocada em termos absolutos. É claro que se o agente estiver embriagado a ponto de não saber o que faz, não teremos condições de identificar o dolo, principalmente se proferiu ameaças, no sentido de opor-se à execução do ato legal. Entretanto, se a embriaguez foi um fator que teve o poder de soltar os freios inibidores do agente, não podemos descartar a caracterização do delito.

Assim, somente o estado de embriaguez que torne ridículo o comportamento praticado pelo agente é que poderá eliminar a infração penal; isso, também, dependendo do modo como o delito é cometido, pois a resistência pode ser levada a efeito mediante a prática de violência, podendo o funcionário, ou o particular que venha a auxiliá-lo, sofrer lesões em virtude do comportamento praticado pelo agente.

Desse modo, somente o caso concreto nos dirá se a embriaguez afastará ou permitirá a responsabilização do agente pelo delito de resistência, não se podendo adotar qualquer tipo de posição radical, seja para afastar, seja para reconhecer a prática da infração penal.

11.2. Resistência e desacato

Traçando a distinção entre os delitos de desacato e resistência, Lélio Braga Calhau, com precisão, assevera:

> "O desacato difere da resistência, já que nesta a violência ou ameaça direcionada a funcionário visa à não realização de ato de ofício, ao passo que, naquele eventual violência ou ameaça perpetrada contra funcionário público tem por finalidade desprestigiar a função por ele exercida".[4]

4 CALHAU, Lélio Braga. *Desacato*, p. 69.

Existe, no entanto, controvérsia a respeito da possibilidade de concurso entre os delitos de resistência e desacato. Uma primeira corrente entende que o delito de desacato absorveria o crime de resistência, conforme se verifica na decisão do TJRJ, que diz:

> "Se o agente desacata, desobedece e ameaça servidor público no exercício de suas funções, só responde pelo delito mais grave, que é o crime de desacato, uma vez que os demais ilícitos ficaram absorvidos por este" (ACr. 1450/97, Petrópolis, Reg. 030998 – 2ª C. Crim. Rel. Des. Afrânio Sayão, julgamento em 14/4/98).

Outra, em sentido completamente oposto, afirma que a resistência, mesmo possuindo uma pena inferior, absorveria o delito de desacato. Nesse sentido, o TJPR:

> "O crime de resistência absorve os de desobediência, ameaça e desacato, quando praticados em um mesmo episódio, e também a contravenção de vias de fato, mas não o de lesões corporais, mesmo leves (CP, art. 129, § 2º)" (ACr. 12410-7, Rel. Edson Malachini, julgamento em 27/9/90).

Apesar das posições anteriormente expostas, entendemos ser possível o concurso entre os delitos de resistência e desacato. Isso porque o desacato não é um meio para que o agente resista à execução do ato legal, tal como ocorre quando pratica violência ou ameaça o funcionário competente ou aquele que lhe presta auxílio. Trata-se, até mesmo, de um concurso real de crimes, havendo mais de uma conduta, com a produção de mais de um resultado. O agente atua, ainda, com motivações diferentes. Como bem ressaltou Lélio Braga Calhau, o que o agente pretende com a prática da resistência é impedir a execução de um ato legal; ao contrário, no desacato, sua finalidade é desprestigiar, menoscabar a função pública.

11.3. Resistência e desobediência

Existe controvérsia, também, no que diz respeito à possibilidade de concurso entre os crimes de desobediência e resistência.

No entanto, entendemos que, nesse caso, o ato de opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça, a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio, já compreende uma desobediência, devendo, portanto, o delito tipificado no art. 330 do Código Penal ser absorvido por aquele previsto no art. 329 do mesmo diploma repressivo.

11.4. Resistência e roubo impróprio

Ver discussão no capítulo correspondente aos destaques no crime de roubo, item 12.2 do nosso volume 3.

CAPÍTULO 83

DESOBEDIÊNCIA

Desobediência

Art. 330. Desobedecer a ordem legal de funcionário público:

Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *desobediência* veio tipificado no art. 330 do Código Penal. Analisando os elementos que integram a mencionada figura típica, verificamos que os delitos de desobediência e resistência são muito parecidos. A diferença fundamental entre eles reside no fato de que na resistência existe uma "desobediência belicosa",[1] conforme expressão utilizada por Hungria, haja vista que o agente se opõe à execução do ato legal mediante o emprego de violência ou ameaça, enquanto na *desobediência* representa uma *resistência passiva*, que não vem acompanhada de qualquer ato que importe em *vis absoluta* ou em *vis compulsiva*.

O núcleo do tipo é o verbo *desobedecer*, que significa deixar de atender, não cumprir a ordem legal de funcionário público, seja fazendo, ou mesmo deixando de fazer alguma coisa que a lei imponha.

A ordem deve ser formal e materialmente legal, tal como mencionamos quando do estudo do delito de resistência, bem como o funcionário público que a determinou deve ter atribuições legais para tanto, pois, caso contrário, a resistência do sujeito em obedecê-la não se configurará no delito em estudo.

Da mesma forma, não se poderá cogitar de crime de desobediência se a pessoa a quem foi dirigida a ordem não tinha a obrigação legal de cumpri-la. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, que:

> "Criminal. *RHC*. Desobediência. Trancamento da ação. Atipicidade evidenciada. Recurso provido. I. Só se configura o delito de desobediência quando há descumprimento à ordem legal endereçada

1 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 419.

diretamente para quem tem o dever legal de cumpri-la. II. Recurso provido para determinar o trancamento da ação penal por atipicidade" (*RHC* 10648/SP, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, publicado no *DJ* em 19/3/2001, p. 120).

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum no que diz respeito ao sujeito ativo e próprio quanto ao sujeito passivo; doloso; de forma livre, comissivo ou omissivo próprio, dependendo do modo como o delito é praticado, haja vista que o verbo *desobedecer* pode ser compreendido tanto comissiva, quanto omissivamente; instantâneo; monossubjetivo; unissubsistente ou plurissubsistente (dependendo, no caso concreto, da possibilidade ou não de fracionamento do *iter criminis*); transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *desobediência*, tratando-se, portanto, de um crime comum que pode ser praticado tanto por um *extraneus* (particular), bem como por um *intraneus* (funcionário público), desde que, nesse último caso, a ordem não diga respeito às suas funções.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como o funcionário público, de forma secundária.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *desobediência*.

Não há objeto material, embora exista posição em contrário.[2]

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando o agente faz ou deixa de fazer alguma coisa contrariamente à ordem legal de funcionário público.

Dependendo da hipótese concreta, será possível o reconhecimento da tentativa, desde que se possa fracionar o *iter criminis*, como nos casos relativos aos delitos plurissubsistentes, ficando inviabilizada nas hipóteses de crimes monossubsistentes, a exemplo de quando houver uma omissão própria.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

2 Confome Guilherme de Souza Nucci (*Código penal comentado*, p. 1.020), que entende que o objeto material do delito de desobediência é a ordem dada.

O agente, portanto, para que possa ser responsabilizado pelo delito de desobediência, deverá conhecer sobre a legalidade da ordem, bem como que provém de funcionário público, pois, caso contrário, poderá ser arguido o erro de tipo.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo *desobedecer* pode ser interpretado tanto comissiva quanto omissivamente. Assim, pratica o crime de desobediência aquele que faz alguma coisa a que tinha sido legalmente proibido pelo funcionário público competente, bem como deixa de fazer alguma coisa que lhe havia legalmente determinado que fizesse.

8. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *desobediência* é de detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito tipificado no art. 330 do Código Penal, tendo em vista que a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

9. DESTAQUES

9.1. Desobediência a decisão judicial

Caso a desobediência diga respeito a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito, terá aplicação, em virtude da adoção do princípio da especialidade, o art. 359 do Código Penal, que diz:

> **Art. 359.** Exercer função, atividade, direito, autoridade ou múnus, de que foi suspenso ou privado por decisão judicial:
>
> Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

9.2. Código Penal Militar

Existe disposição similar no Código Penal Militar quanto ao crime de desobediência, conforme se verifica pela leitura do art. 301, que diz:

> **Art. 301.** Desobedecer a ordem legal de autoridade militar:
>
> Pena – detenção, até 6 (seis) meses.

9.3. Desobediência praticada por funcionário público – Ministério Público e delegado de polícia

Questão que tem sido muito discutida ao longo dos anos e que até hoje não se pacificou diz respeito à possibilidade de um funcionário público figurar como sujeito ativo do delito de desobediência. Isso porque um de seus fundamentos é o fato de o art. 330 encontrar-se inserido no Capítulo II, que diz respeito aos crimes praticados por *particular* contra a administração em geral.

Alguns exemplos merecem atenção especial, como no caso do delegado de polícia que não cumpre as diligências requisitadas pelo Ministério Público. Nessa hipótese, uma primeira corrente se inclina pela aplicação de uma sanção de natureza simplesmente administrativa, uma vez que, sendo o delegado de polícia um funcionário público, não poderia figurar como sujeito ativo do delito de desobediência, que só pode ser cometido por um particular. Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> "*RHC*. Delegado de polícia. Crime de desobediência. Atipicidade. *Emendatio libelli*. Impossibilidade. Impossível Delegado de Polícia cometer crime de desobediência – art. 330 do CP – que somente ocorre quando praticado por particular contra a Administração Pública" (*RHC*, 5ª Turma, Rel. Min. Cid Flaquer Scartezzini, publicado no *DJ* em 5/6/95, p. 16.675).

Com a devida *venia*, não podemos concordar com esse raciocínio. Embora, realmente, o delito de desobediência esteja inserido no capítulo correspondente aos crimes praticados por particular contra a administração em geral, isso, por si só, não impede possa o funcionário público ser responsabilizado por essa infração penal.

Na verdade, temos de fazer uma diferença entre o funcionário que desobedece a ordem de seu superior hierárquico daquele outro sobre o qual não existe qualquer relação de hierarquia.

Assim, por exemplo, imagine-se a hipótese em que um oficial de justiça deixe de atender o mandado que lhe foi entregue, não cumprindo, portanto, a determinação judicial para que fizesse algo. Nesse caso, como existe relação de hierarquia entre o juiz e o oficial de justiça, que lhe é subordinado, não seria possível o reconhecimento do crime de desobediência, restando, tão somente, aplicar ao funcionário uma sanção de natureza administrativa, se for o caso.

Mas qual a relação de hierarquia existente entre um delegado de polícia e um Promotor de Justiça? Nenhuma. O Promotor de Justiça, quando requisita uma diligência, pratica o ato de acordo com a lei? Sim, visto que vários diplomas legais conferem ao membro do Ministério Público essa possibilidade. A ordem, portanto, é legal. O funcionário encarregado de cumpri-la (no caso, o delegado de polícia) não tem para com ele (Ministério Público) qualquer relação

hierárquica que importe num ilícito de natureza administrativa em caso de descumprimento da ordem. Assim, a única conclusão seria a possibilidade de se reconhecer o delito de desobediência quando o delegado de polícia, sem qualquer justificativa e agindo com dolo, não viesse a cumprir a ordem legal de funcionário competente.

9.4. Desobediência à ordem que implicaria autoincriminação ou em prejuízo para o sujeito

Quando estudamos o delito de falsa identidade, tipificado no art. 307 do Código Penal, concluímos que não poderíamos concordar com a corrente que entende como um direito de defesa ou, pelo menos, um direito à não autoincriminação, o fato de o agente atribuir a si mesmo uma identidade falsa. Isso porque o direito de não se autoincriminar diz respeito a fatos, e, não, à necessidade que o Estado tem de saber, corretamente, em face de quem propõe a ação penal, ou leva a efeito o indiciamento.

No caso do delito de desobediência, o raciocínio é diferente. Em muitas situações, se o sujeito praticar o comportamento que lhe é determinado pelo funcionário, isso, certamente, implicará prejuízo para sua pessoa. São situações que poderão importar em constituição de prova contra o próprio agente, a exemplo do que ocorre com aquele que se submete à realização de exame de sangue para saber a sua dosagem alcoólica, ou a um exame de DNA objetivando o reconhecimento de paternidade, ao fornecimento de padrões gráficos para efeitos de comprovação de sua assinatura em documento falsificado etc.

Nesses casos, o prejuízo é patente, não se podendo responsabilizar criminalmente o agente pelo fato de não atender às ordens legais, afastando-se, outrossim, o delito de desobediência.

Nesse sentido, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

> "*Habeas corpus*. Crime de desobediência. Recusa a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para exames periciais, visando a instruir procedimento investigatório do crime de falsificação de documento. *Nemo tenetur se detegere*. Diante do princípio *nemo tenetur se detegere*, que informa o nosso direito de punir, é fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV do art. 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio. É que a comparação gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio de que desfruta o indiciado contra a autoincriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa.

> Assim, pode a autoridade não só fazer requisição a arquivos ou estabelecimentos públicos, onde se encontrem documentos da pessoa a qual é atribuída a letra, ou proceder a exame no próprio lugar onde se encontrar o documento em questão, ou ainda, é certo, proceder à colheita de material, para o que intimará a pessoa, a quem se atribui ou pode ser atribuído o escrito, a escrever o que lhe foi ditado, não lhe cabendo, entretanto, ordenar que o faça, sob pena de desobediência, como deixa transparecer, a um apressado exame, o CPP, no inciso IV, do art. 174. *Habeas corpus* concedido" (*HC* 77135/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, publicado no *DJ* em 6/11/98, p. 3).

9.5. Indiciado ou acusado que se recusa a comparecer em juízo ou na delegacia de polícia a fim de prestar suas declarações

Da mesma forma, não importará em reconhecimento do delito de desobediência quando o agente deixa de comparecer ao seu interrogatório em juízo, ou mesmo a fim de prestar suas declarações perante a autoridade policial, haja vista não estar obrigado a qualquer tipo de manifestação, nos termos preconizados pelo inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal, que diz:

> LXIII – o preso será informado de seus direitos,entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;
>
> [...].

9.6. Advogado que se recusa a prestar informações sobre fatos que importarão em prejuízo para seu cliente

O advogado não está obrigado a atender a suposta requisição do Ministério Público ou de qualquer outra autoridade para prestar esclarecimentos sobre fatos que importarão em prejuízo para seu cliente, haja vista que o inciso XIX do art. 7º do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil assevera ser direito do advogado *recusar-se a depor como testemunha em processo no qual funcionou ou deva funcionar, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado ou solicitado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional.*

9.7. Cumulação da sanção penal por desobediência com sanção de natureza administrativa

Esclarece Hungria que, "se, pela desobediência de tal ou qual ordem oficial, alguma lei comina determinada penalidade administrativa ou civil, não deverá

reconhecer o crime em exame, salvo se a dita lei ressalvar expressamente a cumulativa aplicação do art. 330 (ex.: a testemunha faltosa, segundo o art. 219 do Cód. de Proc. Penal, está sujeita não só a prisão administrativa e pagamento das custas da diligência da intimação, com o 'processo penal por crime de desobediência')",[3] ao contrário do que ocorre com a testemunha referida pelo art. 412 do Código de Processo Civil, que prevê, tão somente, sua condução perante o juízo, bem como o pagamento pelas despesas do adiamento da audiência.

9.8. Mandado de segurança e crime de desobediência

O art. 26 da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, assevera que constitui crime de desobediência, nos temos preconizados pelo art. 330 do Código Penal, *o não cumprimento das decisões proferidas em mandado de segurança, sem prejuízo das sanções administrativas e da aplicação da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, quando cabíveis.*

3 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 420.

Capítulo 84
Desacato

Desacato

Art. 331. Desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

1. INTRODUÇÃO

Todo funcionário, não importando o cargo que ocupe, desde aquele que exerce as funções mais simplórias, até o ocupante do mais alto escalão, é um representante da Administração Pública, atuando de forma delegada, em nome e em benefício dela. Na verdade, atuando em nome da Administração Pública, o funcionário exerce suas funções em benefício de todos, pois a sua finalidade última é a busca do bem comum.

O funcionário público, muitas vezes, em nome da Administração Pública, pode vir a praticar condutas que, embora realizadas no interesse de todos, podem desagradar a alguns. Outras vezes, pelo simples fato de representar a Administração Pública, é alvo de pessoas que atuam com atitudes de menosprezo, desrespeito para com as funções por ele exercidas. Por essas e outras razões, foi criado o delito de desacato, tipificado no art. 331 do Código Penal, que tem por finalidade tutelar o normal funcionamento do Estado, protegendo, especialmente, o prestígio que deve revestir o exercício da função pública.

De acordo com a redação da mencionada figura típica, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de *desacatar* funcionário público; b) no exercício da função ou em razão dela.

O núcleo *desacatar* deve ser entendido no sentido de faltar com o devido respeito, afrontar, menosprezar, menoscabar, desprezar, profanar. Conforme esclarece Hungria,

> "a ofensa constitutiva do desacato é qualquer *palavra* ou *ato* que redunde em vexame, humilhação, desprestígio ou

> irreverência ao funcionário. É a grosseira falta de acatamento, podendo consistir em palavras injuriosas, difamatórias ou caluniosas, vias de fato, agressão física, ameaças, gestos obscenos, gritos agudos etc. Uma expressão grosseira, ainda que não contumeliosa, proferida em altos brados ou de modo a provocar escândalo, bastará para que se identifique o desacato".[1]

Ficou conhecido no Brasil o exemplo daquele piloto americano que, numa atitude de completo desprezo para com as autoridades policiais brasileiras, logo após o seu desembarque em solo nacional, ao ser exigido que fosse fotografado, o fez segurando uma placa que lhe fora entregue pelos funcionários, onde, afrontosamente, mostrava o seu dedo médio, conseguindo, assim, passar a sua mensagem de desrespeito.

Para que ocorra o delito de desacato, faz-se necessária a presença do funcionário público, não se exigindo, contudo, seja a ofensa proferida face a face, bastando que, de alguma forma, possa escutá-la, presenciá-la, enfim, que seja por ele percebida. Hungria, com precisão, também esclarece:

> "Não é desacato a ofensa *in litteris*, ou por via telefônica, ou pela imprensa, em suma: por qualquer modo, na ausência do funcionário. Em tais casos, poderão configurar-se os crimes de injúria, difamação, calúnia, ameaça, se ocorrerem os respectivos *essentialia*, e somente por qualquer deles responderá o agente".[2]

Também é fundamental, para efeito de caracterização do delito de desacato, que as ofensas sejam proferidas contra o funcionário público *no exercício da função* (*in officio*) ou *em razão dela* (*propter officium*). A conduta de menosprezo deve, portanto, dizer respeito às funções exercidas pelo funcionário que atingem, diretamente, a Administração Pública. Qualquer altercação entre um *extraneus* e um funcionário público que diga respeito a problemas pessoais que não coloque em desprestígio as funções por este exercidas pode se configurar em outra figura típica, mas não no desacato. Assim, imagine-se a hipótese em que um policial, que havia pedido emprestado determinada quantia em dinheiro a seu vizinho, e, não tendo feito o pagamento na data aprazada, com ele se encontra quando estava em serviço, oportunidade em que o credor começa a insultá-lo, chamando-o de ladrão, sem-vergonha, estelionatário etc. Embora essas palavras possam ser fortes, podendo até mesmo caracterizar-se em crime contra a honra, segundo entendemos, não podem se configurar em desacato, pois nada dizem respeito à função que está sendo exercida pelo funcionário.

1 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 424.
2 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 424.

Nesse sentido, são precisas as lições de Lélio Braga Calhau, quando diz:

> "Para a configuração do delito se faz necessário o *nexo funcional*, ou seja, que a ofensa seja proferida no exercício da função ou que seja perpetrada em razão dela. Esse nexo funcional pode se apresentar de duas formas: *ocasional* ou *causal*. Será *ocasional* se a ofensa ocorre onde e quando esteja o funcionário a exercer funções de seu cargo – ou de caráter *causal*, quando, embora presente, o ofendido não esteja a desempenhar ato de ofício, mas a ofensa se dê em razão do exercício de sua função pública.

Se a ofensa não for em razão da função pública, mas sim sobre a conduta particular do ofendido, a ação penal será privada, pois não ocorrerá desacato, mas um crime contra a honra."[3]

É importante frisar, no entanto, que *exercício da função* diz respeito à prática de qualquer ato a ela correspondente, independentemente do local onde é levado a efeito. Assim, como adverte Noronha, "um juiz de direito ou um delegado de polícia não são ofendidos apenas no fórum ou na delegacia, mas também, por exemplo, em imóvel, onde aquele se acha em diligência de ação demarcatória, ou em lupanar, onde o segundo foi ter por ocasião de um crime".[4]

Não é preciso, como vimos e de acordo com a redação legal, que o agente esteja no exercício da função para que se possa configurar o desacato, bastando que a conduta ofensiva seja praticada em razão dela. Assim, por exemplo, poderá um juiz de direito ser desacatado em um restaurante, quando almoçava com a sua família, ou mesmo um fiscal de rendas ser ofendido, em virtude da sua função, durante uma pescaria. O mais importante é que a conduta de menoscabo, de desprestígio etc., diga respeito às funções exercidas pelo funcionário público, atacando-se, na verdade, a própria Administração Pública.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum no que diz respeito ao sujeito ativo e próprio quanto ao sujeito passivo; doloso; de forma livre, comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); instantâneo; monossubjetivo; unissubsistente ou plurissubsistente (dependendo, no caso concreto, da possibilidade ou não de fracionamento do *iter criminis*); transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *desacato*, tratando-se, portanto, de um crime comum. O delito pode ser praticado até mesmo por outro funcionário público, havendo controvérsia doutrinária, no entanto, quando

3 CALHAU, Lélio Braga. *Desacato*, p. 45.
4 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 319-320.

o funcionário desacatado for hierarquicamente inferior ao agente. Hungria[5] posiciona-se no sentido de que somente haveria desacato se o agente tivesse posição idêntica ou inferior à do funcionário público desacatado, afastando-se, outrossim, na hipótese em que a conduta de menoscabo partisse de um superior contra um inferior hierárquico. Em sentido contrário, afirma Fragoso que "sujeito ativo do crime pode ser qualquer pessoa, inclusive funcionário público, quer exerça, ou não, a mesma função do ofendido; tenha ou não, a mesma categoria dele. Já não vigora o princípio *inter pares non fit iniuria*".[6]

Entendemos, *permissa venia*, que a razão se encontra com Fragoso. Isso porque, como é cediço, o funcionário público é protegido de forma mediata, pois o que está em questão é a Administração Pública em si. Quando um funcionário desacata outro funcionário, ele, na verdade, despe-se dessa qualidade e atua como um particular. Simplesmente pelo fato de ser um superior hierárquico não pode ofender a Administração Pública, ali representada pelo seu funcionário, não importando o tipo de função que exerça, bem como a sua hierarquia, comparativamente ao agente. Assim, poderá um juiz de direito responder pelo delito de desacato se, porventura, vier a proferir palavras de desprezo contra um oficial de justiça, no exercício de sua função ou em razão dela.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como, de forma secundária, o funcionário público.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *desacato*.

O objeto material do delito é o funcionário público desacatado no exercício de sua função ou em razão dela.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma no instante em que o agente pratica o comportamento que importe em desprezo, menoscabo, enfim, desprestígio para com a Administração Pública, ali representada pelo seu funcionário, independentemente do fato de ter este último se sentido desacatado. Nesse sentido, preleciona Lélio Braga Calhau que o "momento consumativo do delito se perfaz com a prática do ultraje, consubstanciado na injúria, calúnia, difamação, lesão corporal etc., não se perquirindo, *in casu*, se o funcionário sentiu-se ou não ofendido, já que a tutela penal recai diretamente sob a dignidade e o prestígio do cargo ou da função por ele exercidos".[7]

5. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 425.
6. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*, v. 2, p. 462.
7. CALHAU, Lélio Braga. *Desacato*, p. 54.

Dependendo da forma como o delito é praticado, será possível o reconhecimento da tentativa. No entanto, na maioria das hipóteses trata-se de crime monossubsistente, no qual não se pode fracionar o *iter criminis*, impossibilitando, assim, o raciocínio relativo ao *conatus*.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de desacato, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Assim, a conduta do agente deve ser dirigida finalisticamente no sentido de desacatar, atuando, portanto, com o propósito de ofender, desrespeitar, menoscabar, diminuir, desprestigiar o funcionário público no exercício de sua função ou em razão dela.

O agente, portanto, deve conhecer a qualidade de funcionário do sujeito passivo, sob pena de ser afastado o delito de desacato, permitindo, dependendo da hipótese concreta, a desclassificação para outra figura típica, a exemplo daquelas previstas no Capítulo V do Título I da Parte Especial do Código Penal, que prevê os crimes contra a honra.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo *desacatar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria, na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, nada fizer para evitar a prática do delito *sub examen*, devendo ser responsabilizado nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *desacato* é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito tipificado no art. 331 do Código Penal, tendo em vista que a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

9. DESTAQUES

9.1. Pluralidade de funcionários ofendidos

Pode ocorrer que o agente, em uma mesma relação de contexto, desacate vários funcionários públicos que se encontram juntos. Nesse caso, haveria concurso de crimes, devendo o agente responder por tantos desacatos quantos forem os funcionários ofendidos em razão de sua função? Existe controvérsia nesse sentido, ou seja, se haverá concurso de crimes, variando de acordo com o número de funcionários ofendidos, ou se a hipótese é de crime único, uma vez que o que se procura proteger direta e imediatamente é a Administração Pública.

Entendemos que, se os fatos, como dissemos, ocorrerem em um mesmo contexto, haverá crime único, devendo o número de funcionários desacatados ser considerado para efeitos de aplicação da pena.

9.2. Embriaguez

Tal como ocorre em outras infrações penais, a exemplo do delito de resistência, discute-se se a embriaguez do agente teria o condão de eliminar o seu dolo e, consequentemente, afastar a infração penal em estudo.

Pedimos *venia* ao leitor para remetê-lo ao item 11.1 do capítulo 81, onde discorremos sobre a embriaguez e o crime de resistência, no tópico correspondente aos destaques, pois tudo o que foi dito se aplica ao delito em exame.

9.3. Exigência de ânimo calmo e refletido

Também existe controvérsia no que diz respeito ao elemento anímico do sujeito a quem se imputa o delito de desacato. Uma primeira corrente aduz que, para efeitos de reconhecimento do elemento subjetivo e, consequentemente, da própria infração penal em estudo, o agente, ao praticar sua conduta, deverá agir com ânimo calmo e refletido, excluindo-se o delito de desacato quando a ação vier a ser cometida, por exemplo, em estado de ira, cólera etc.

Entendemos, com a devida *venia* das posições em contrário, que, para efeitos de configuração do delito de desacato, não se exige que o agente atue com ânimo calmo e refletido. Isso porque, geralmente, a infração penal é praticada em situações de alteração psicológica, agindo o agente impulsionado por sentimentos de raiva, ódio, rancor etc. Podemos encontrar no inciso I do art. 28 do Código Penal a prova de que esses sentimentos não devem interferir no reconhecimento da figura típica, pois o mencionado inciso assevera que a emoção e a paixão não excluem a imputabilidade penal.

9.4. Desacato praticado por advogado e o § 2º do art. 7º do Estatuto de OAB

Diz o art. 133 da Constituição Federal que o *advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.*

O Código Penal, a seu turno, cuidando das chamadas imunidades judiciárias, assevera, no inciso I do seu art. 142, não se constituir em injúria ou difamação punível a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou por seu procurador.

De forma inusitada, a Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, que dispôs sobre o Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), no § 2º do seu art. 7º, ampliou as mencionadas imunidades excluindo a punição dos advogados por desacato:

> § 2º O advogado tem imunidade profissional,não constituindo injúria, difamação ou desacato puníveis qualquer manifestação de sua parte, no exercício de sua atividade, em juízo ou fora dele, sem prejuízo das sanções disciplinares perante a OAB, pelos excessos que cometer.

No entanto, logo após a entrada em vigor do referido diploma legal, o Supremo Tribunal Federal, na ADI 1127 MC-QO/DF, com acerto, suspendeu a eficácia da expressão "ou desacato", constante do mencionado § 2º do art. 7º do Estatuto da OAB, sendo que na sessão Plenária de 17/5/2006 declarou a sua inconstitucionalidade razão pela qual o advogado, mesmo que no exercício de sua profissão, ainda que em juízo, ou fora dele, não poderá proceder de modo a menoscabar a Administração Pública, devendo ser responsabilizado pelo delito de desacato, caso venha praticar qualquer comportamento que se amolde ao art. 331 do Código Penal.

9.5. Ofensa dirigida a funcionário que não se encontra presente

Como esclarecemos em nossa introdução, para efeitos de configuração do delito de desacato, é preciso que o funcionário público esteja presente quando da conduta praticada pelo agente, mesmo que as ofensas não sejam proferidas face a face.

Assim, se o funcionário público não estiver presente quando da conduta do agente, mesmo que praticado *propter officium*, ou seja, em razão das suas funções, o fato poderá subsumir-se a um delito contra a honra, com a incidência da causa especial de aumento de pena, prevista no inciso II do art. 141 do Código Penal.

9.6. Indignação e desacato

Muitas atitudes praticadas por funcionários públicos nos causam indignação. Por mais que a ordem deva ser mantida, por mais que devamos respeito à Administração Pública, temos o direito de nos expressar, mesmo que isso contrarie os interesses de quem quer que seja. Aumentos abusivos de impostos, fechamentos de hospitais, falta de merenda escolar, vias sem asfalto, enfim, o nosso dia a dia é repleto de insatisfações com relação à Administração Pública. O simples fato de demonstrarmos a nossa indignação com determinadas atitudes administrativas não importa em desacato. Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

> "Penal. Desacato. Ação Penal. Trancamento. Tipicidade. *Habeas corpus*. Recurso.
>
> 1. A reação indignada do cidadão em repartição pública onde esbarra com intolerância de servidor com quem discute não configura desacato (CP, art. 331).
>
> 2. Um Estado pode ser eficiente ou não dependendo do nível de cidadania dos que pagam impostos. Pagar impostos e conformar-se, aceitando as coisas como sempre estão, em suas mesmices, implica em aumentar o poder dos mandantes e seus mandados, ampliando-se a arrogância entre todos de todas as esferas da administração.
>
> 3. Contra a má prestação de serviços públicos em quaisquer de suas formas, quaisquer que sejam os agentes estatais, resta ao contribuinte a indignação. Só pela indignação, pela denúncia, será possível repor o Estado brasileiro na compatibilidade da Constituição e das Leis, resgatando-se em favor dos pagadores de impostos a verdadeira cidadania.
>
> 4. Recurso conhecido e provido para trancar a ação penal" (*RHC* /RS, recurso ordinário em *habeas corpus*, 5ª Turma, Rel. Min. Edson Vidigal, publicado no *DJ* em 25/9/2000, p. 113).

9.7. Código Penal Militar

O Código Penal Militar prevê três modalidades de desacato em seus arts. 298, 299 e 300, *verbis*:

> **Desacato a superior**
>
> **Art. 298.** Desacatar superior, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro, ou procurando deprimir-lhe a autoridade:
>
> Pena – reclusão, até quatro anos, se o fato não constitui crime mais grave.

> **Agravação da Pena**
>
> **Parágrafo único.** A pena é agravada, se o superior é oficial general ou comandante da unidade a que pertence o agente.
>
> **Desacato a militar**
>
> **Art. 299.** Desacatar militar no exercício da função de natureza militar ou em razão dela:
>
> Pena – detenção, de seis meses a dois anos, se o fato não constitui outro crime.
>
> **Desacato a assemelhado ou funcionário**
>
> **Art. 300.** Desacatar assemelhado ou funcionário civil no exercício de função ou em razão dela, em lugar sujeito à administração militar:
>
> Pena – detenção, de seis meses a dois anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Capítulo 85

Tráfico de Influência

Tráfico de influência

Art. 332. Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada da metade, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada ao funcionário.

1. INTRODUÇÃO

O delito tipificado no art. 332 do Código Penal, reconhecido anteriormente como *exploração de prestígio*, teve sua redação alterada pela Lei nº 9.127, de 16 de novembro de 1995, que modificou, ainda, a sua rubrica, passando a ser reconhecido como delito de *tráfico de influência*.

A mídia teve forte influência no que diz respeito ao novo *nomen iuris* atribuído à infração penal em estudo, pois que noticiava, com certa frequência, fatos que denominava como hipóteses de *tráfico de influência*.

A *novatio legis*, que alterou a redação original, fez inserir novos núcleos (*solicitar, exigir e cobrar*), bem como uma expressão que não estava consignada na redação anterior (*ato praticado*). Assim, de acordo com a nova redação constante do art. 332 do Código Penal, podemos apontar os seguintes elementos: a) as condutas de *solicitar, exigir, cobrar* e *obter*; b) para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem; c) a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função.

Solicitar deve ser entendido no sentido de pedir; *exigir* significa impor, ordenar, determinar; *cobrar* é atuar no sentido de ser pago, de receber; *obter* importa em alcançar, conseguir.

Todos esses comportamentos devem ser dirigidos no sentido de que o agente obtenha, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem,

que poderá ou não ter caráter econômico, podendo, também, tratar-se de uma prestação sexual, haja vista não haver qualquer limitação interpretativa para efeitos de seu reconhecimento. Como esclarece o dispositivo em estudo, não há necessidade de que o agente tenha, efetivamente, recebido a vantagem por ele solicitada, exigida ou cobrada, bastando, tão-somente, que o sujeito passivo a tenha prometido.

O sujeito atua, praticando qualquer dos comportamentos típicos, com a finalidade de obter vantagem de qualquer natureza, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário no exercício da função. A expressão *a pretexto de influir* demonstra que, na verdade, o agente age como verdadeiro estelionatário, procurando, por meio do seu ardil, enganar a vítima. Nesse sentido, esclarece Noronha:

> "O crime realmente é um estelionato, pois o agente ilude e frauda o pretendente ao ato ou providência governamental, alegando um prestígio que não possui e assegurando-lhe um êxito que não está ao seu alcance. Todavia, o legislador preferiu, muito justificadamente, atender aos interesses da administração, lembrando, com certeza, de que, frequentes vezes, pela pretensão ilícita que alimenta, o mistificado equivale ao mistificador, estreitados numa torpeza bilateral".[1]

Trata-se de tipo misto alternativo, em que a prática de mais de uma conduta prevista importará em infração penal única.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum tanto no que diz respeito ao sujeito ativo, quanto ao sujeito passivo; doloso; de forma livre, comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); instantâneo; monossubjetivo; unissubsistente ou plurissubsistente (dependendo, no caso concreto, da possibilidade ou não de fracionamento do *iter criminis*); transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *tráfico de influência*, não exigindo o tipo penal em estudo nenhuma qualidade ou condição especial, podendo até mesmo ser praticado por funcionário público.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como aquele que, de maneira secundária, foi vítima de um dos comportamentos praticados pelo sujeito ativo.

1 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 325.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *tráfico de influência*.

O objeto material do delito é a vantagem perseguida pelo agente.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Consuma-se o delito no instante em que o agente, efetivamente, pratica qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo penal constante do art. 332 do diploma repressivo.

Merece registro o fato de que não é preciso que o agente obtenha a vantagem, ou mesmo a promessa de cumprimento da aludida vantagem, para efeitos de reconhecimento da consumação, pois as condutas de *solicitar*, *exigir* e *cobrar* demonstram tratar-se de um crime formal, de consumação antecipada, sendo que se a pessoa abordada, por exemplo, fizer a entrega de tal vantagem, isso deverá ser considerado como um mero exaurimento do crime. Em sentido contrário, posiciona-se Noronha:

> "Dá-se a consumação no momento e no lugar em que o agente obtém a vantagem ou ela lhe é prometida, sendo indiferente à perfeição do delito a conduta posterior do agente, que, aliás, poderá transmudar o crime, na hipótese em que, por exemplo, ele resolve agir junto ao funcionário, corrompendo-o".[2]

Dependendo da hipótese concreta, visualizando-se a possibilidade de fracionamento do *iter criminis*, será possível a tentativa. Quando os atos forem praticados de forma concentrada, dada sua natureza monossubsistente, ficará afastada a tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *tráfico de influência*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Deverá a conduta, no entanto, ser dirigida finalisticamente no sentido de obter vantagem de qualquer natureza, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos *solicitar*, *exigir*, *cobrar* e *obter* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria, na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, nada

2 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 327.

fizer para evitar a prática do delito *sub examen*, devendo ser responsabilizado nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA

A pena será aumentada da metade, conforme determina o parágrafo único do art. 332 do Código Penal, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada ao funcionário.

Assim, existe maior juízo de censura no fato de o agente insinuar que, com a vantagem recebida, corromperá um funcionário público.

Esclarece, com precisão, Guilherme de Souza Nucci:

> "Eleva-se a pena na metade, caso o agente afirme ou dê a entender de modo sutil que o ganho destina-se, também, ao funcionário que vai praticar o ato. Caso realmente se destine, trata-se de corrupção (ativa para quem oferta e passiva para quem recebe)".[3]

9. PENA E AÇÃO PENAL

A pena cominada ao delito de *tráfico de influência*, de acordo com a redação dada pela Lei nº 9.127, de 16 de novembro de 1995, é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

A pena será aumentada de metade, também nos termos da nova redação do parágrafo único, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada ao funcionário.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

10. DESTAQUES

10.1. Tráfico de influência em transação comercial internacional

Se a conduta de solicitar, exigir ou cobrar, praticada pelo agente, for dirigida finalisticamente no sentido de obter, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem ou promessa de vantagem a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público estrangeiro no exercício de suas funções, relacionado a transação comercial internacional, o delito será aquele tipificado no art. 337-C do Código Penal, em virtude da aplicação do princípio da especialidade.

10.2. Exploração de prestígio

Se o agente solicita ou recebe dinheiro ou qualquer outra utilidade, a pretexto de influir em ato de juiz, jurado, órgão do Ministério Público, funcionário da justiça, perito, tradutor, intérprete ou testemunha, o fato se subsumirá ao tipo penal constante do art. 357 do diploma repressivo, que prevê o delito de *exploração de prestígio*.

3 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 1.024.

CAPÍTULO 86
CORRUPÇÃO ATIVA

Corrupção ativa

Art. 333. Oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

1. INTRODUÇÃO

Diz o ditado popular que se existe o corrupto é sinal de que também existe o corruptor. Embora, em muitos casos, prevaleça a sabedoria popular, verificaremos que isso não ocorre, sempre, com o crime de corrupção, seja ela passiva ou mesmo ativa. Conforme esclarece Hungria,

> "a corrupção nem sempre é *crime bilateral*, isto é, nem sempre pressupõe (em qualquer de suas modalidades) um *pactum sceleris*. Como a corrupção passiva já se entende consumada até mesmo na hipótese de simples *solicitação*, por parte do *intraneus*, da vantagem indevida, ainda que não seja atendida pelo *extraneus*, assim também a corrupção ativa se considera consumada com a simples oferta ou promessa de vantagem indevida por parte do *extraneus*, pouco importando que o *intraneus* a recuse".[1]

No que diz respeito especificamente ao delito de *corrupção ativa*, o tipo do art. 333 do Código Penal prevê os seguintes elementos: a) as condutas de *oferecer* e *prometer*; b) vantagem indevida a funcionário público; c) para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.

1 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 429.

O núcleo *oferecer* deve ser entendido no sentido de propor, apresentar uma proposta para entrega imediata, uma vez que o verbo *prometer*, também constante do art. 333 do Código Penal, nos dá a entender que essa proposta, esse oferecimento seja para o futuro. Tratando-se de um crime de forma livre, a corrupção ativa pode ser praticada por diversos meios, a exemplo de sinais, gestos, escritos, conversas explícitas etc.

As condutas de oferecer e prometer devem ser dirigidas a um funcionário público e dizer respeito a uma vantagem a ele indevida. Conforme salientamos quando do estudo do delito de concussão, existe controvérsia a respeito do que seja, efetivamente, *vantagem indevida*. Entendemos que a *vantagem indevida* pode ter qualquer natureza, isto é, econômica, moral, sexual etc., pois o tipo penal está inserido em capítulo, bem como em título que nos permite essa ilação, ao contrário do que ocorre, por exemplo, com o art. 159 do Código Penal, que, embora mencione a expressão *qualquer vantagem*, esta deve, obrigatoriamente, ter natureza patrimonial, de acordo com a interpretação sistêmica que deve ser realizada.

A conduta de oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público deve ser dirigida finalisticamente no sentido de determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício. Quando o tipo penal em estudo se vale do verbo determinar, o faz não com um sentido impositivo, mas, sim, com uma conotação de convencimento. Isso significa que o corruptor não necessariamente exige que o funcionário pratique qualquer dos comportamentos mencionados pelo tipo, mas, sim, que a sua conduta o convence, o estimula a praticá-lo.

Portanto, a finalidade do comportamento do corruptor é fazer, com o oferecimento ou promessa da vantagem indevida, com que o funcionário público pratique, omita ou retarde ato de ofício. Assim, é fundamental que se trate de ato de ofício, ou seja, aquele atribuído às funções exercidas pelo funcionário perante a Administração Pública, não havendo, até mesmo, necessidade de que o mencionado ato seja ilícito. Se o funcionário público, no entanto, vier a, efetivamente, retardar ou omitir o ato de ofício, ou a praticá-lo com infração ao dever funcional, a pena será aumentada em um terço, conforme determinação contida no parágrafo único do art. 333 do Código Penal.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum no que diz respeito ao sujeito ativo e próprio quanto ao sujeito passivo; doloso; de forma livre, comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); instantâneo; monossubjetivo; unissubsistente ou plurissubsistente (dependendo, no caso concreto, da possibilidade ou não de fracionamento do *iter criminis*); transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *corrupção ativa*, não exigindo o tipo penal em estudo nenhuma qualidade ou condição especial, podendo até mesmo ser praticado por outro funcionário público.

O sujeito passivo é o Estado, bem como, secundariamente, o funcionário público, desde que não aceite a vantagem indevida, pois, caso contrário, será considerado como autor do delito de corrupção passiva, nos termos do art. 317 do Código Penal.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *corrupção ativa*.

O objeto material do delito é a vantagem indevida.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Tratando-se de crime formal, o delito de *corrupção ativa* se consuma no instante em que o agente pratica qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo, vale dizer, quando *oferece* ou *promete* vantagem indevida a funcionário público, com a finalidade de determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício. A consumação ocorre, portanto, no momento do oferecimento ou da promessa da vantagem indevida, não havendo necessidade, para efeitos de seu reconhecimento, que o funcionário público, efetivamente, venha a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.

O delito restará consumado ainda que o funcionário público recuse a indevida vantagem econômica oferecida ou prometida pelo agente; caso venha a aceitá-la, deverá o funcionário ser responsabilizado pelo delito de corrupção passiva, havendo, nesse caso, uma quebra da chamada teoria monista ou unitária, prevista no art. 29 do Código Penal, devendo o corruptor ativo responder pelo delito tipificado no art. 333 do citado diploma legal e o funcionário corrupto, pelo art. 317 do mesmo estatuto.

A tentativa será admissível desde que, na hipótese concreta, se possa fracionar o *iter criminis*, embora seja de difícil configuração.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de corrupção ativa, não havendo previsão, pois, para a modalidade de natureza culposa.

Assim, o agente deve conhecer todos os elementos que integram a figura típica, pois, caso contrário, poderá ser arguido o erro de tipo, a exemplo daquele

que oferece uma vantagem indevida a alguém desconhecendo sua qualidade de funcionário público.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos *oferecer* e *prometer* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria, na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, nada fizer para evitar a prática do delito *sub examen*, devendo ser responsabilizado nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA

Em virtude do maior prejuízo causado à Administração Pública, o parágrafo único do art. 333 do Código Penal diz que a pena é aumentada em um terço se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional.

9. PENA E AÇÃO PENAL

A pena cominada ao delito de *corrupção ativa*, de acordo com a alteração feita pela Lei nº 10.763, de 12 de novembro de 2003, é de reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

A pena será aumentada em um terço, nos termos do parágrafo único do art. 333 do Código Penal, se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

10. DESTAQUES

10.1. Corrupção ativa e crime militar

O art. 309 do Código Penal Militar prevê o delito de corrupção ativa dizendo, *verbis*:

> **Art. 309.** Dar, oferecer ou prometer dinheiro ou vantagem indevida para a prática, omissão ou retardamento de ato funcional:
>
> Pena – reclusão, até 8 (oito) anos.
>
> **Parágrafo único.** A pena é aumentada de um terço, se, em razão da vantagem, dádiva ou promessa, é retardado ou omitido o ato, ou praticado com infração de dever funcional.

10.2. Corrupção ativa em transação comercial internacional

Tratando-se de corrupção ativa em transação comercial internacional, o fato se amoldará, em virtude do princípio da especialidade, ao art. 337-B do Código Penal, que diz:

> **Art. 337-B.** Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional:
>
> Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa.

10.3. Oferecimento de vantagem indevida após a prática do ato

Para que se configure o delito de corrupção ativa, a conduta do agente, ao oferecer ou prometer a indevida vantagem a funcionário público, deve ser dirigida no sentido de fazer com que ele pratique, omita ou retarde ato de ofício. Portanto, para efeitos de caracterização da corrupção ativa, o oferecimento ou promessa da vantagem ilícita deve ser anterior ao comportamento praticado pelo funcionário.

Caso o agente, após a prática do ato de ofício pelo funcionário público, venha lhe oferecer ou prometer vantagem indevida, o fato não se subsumirá ao tipo penal que prevê o delito de corrupção ativa.

10.4. Atipicidade no que diz respeito à conduta de dar a vantagem solicitada pelo funcionário público

Imagine-se a hipótese em que determinado fiscal solicite de um comerciante o pagamento de uma vantagem indevida. Mesmo não tendo nada a temer, pois sua contabilidade encontra-se perfeita, o comerciante, preocupado com a possibilidade de sofrer alguma retaliação por parte do fiscal corrupto, concorda em fazer o pagamento da importância que lhe havia sido solicitada. Nesse caso, poderia o comerciante ser responsabilizado pelo delito de corrupção ativa? Entendemos que não, pois no tipo penal do art. 333 não se encontra a previsão do núcleo *dar*, ao contrário do que ocorre com os delitos mencionados nos arts. 309 do Código Penal Militar e 337-B do Código Penal.

Assim, por não ser possível o recurso à analogia *in malam partem*, deverá ser considerado atípico o comportamento do *extraneus* que, cedendo às solicitações do funcionário corrupto, lhe dá a vantagem indevida.

10.5. Oferecimento de pequenos agrados

Não é incomum no serviço público o oferecimento de pequenos agrados, feitos por particulares, com a finalidade de angariar a simpatia dos funcionários públicos. Assim, são oferecidas caixas de bombom, canetas, garrafas de vinho etc. Se tais comportamentos não são destinados a fazer com que o *intraneus* pratique, omita ou retarde ato de ofício, não terão eles a importância exigida pelo Direito Penal.

Damásio de Jesus, embora fazendo menção a fatos ocorridos após a prática do ato de ofício, diz:

> "Não há crime na hipótese de o sujeito dar ao funcionário pequenas gratificações ou doações em agradecimento a comportamento funcional seu. Nesse caso, o servidor público não está sendo corrompido, mas objeto de uma gratidão do contribuinte, satisfeito com sua atuação funcional. Não existe oferta ou promessa de vantagem, mas conduta de agradecimento posterior ao ato de ofício, o que descaracteriza o delito".[2]

10.6. Corrupção ativa desportiva

A Lei nº 12.299, de 27 de julho de 2010, dispondo sobre medidas de prevenção e repressão aos fenômenos de violência por ocasião de competições esportivas, alterando o Estatuto de Defesa do Torcedor (Lei nº 10.671, de 15 de maio de 2003), após inúmeros escândalos quanto à manipulação de resultados envolvendo árbitros, "cartolas", jogadores de futebol etc., criou uma figura típica específica para esse tipo de situação, que podemos denominar, mesmo sem a presença expressa de tal rubrica, de *corrupção ativa desportiva*, cuja redação constante de seu art. 41-D diz, *verbis*:

> **Art. 41-D.** Dar ou prometer vantagem patrimonial ou não patrimonial com o fim de alterar ou falsear o resultado de uma competição desportiva:
>
> Pena – reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos e multa.

Tal como ocorre com o delito de corrupção previsto no art. 333 do Código Penal, aquele que promete a vantagem, com essa finalidade específica, responderá pelo delito tipificado no art. 41-D do Estatuto de Defesa do Torcedor, enquanto que aquele que a aceita responderá pelo art. 41-C do mesmo diploma legal.

2 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, v. 4, p. 217.

Ao contrário do que ocorre no Código Penal, que não previu no seu art. 333 o núcleo *dar*, essa previsão foi feita pela Lei nº 12.299, de 27 de julho de 2010. Assim, se um árbitro solicita determinada vantagem para alterar, por exemplo, o resultado de uma competição desportiva, e o "cartola", anuindo à solicitação, lhe concede, efetivamente, a vantagem solicitada, os dois responderão criminalmente pelos seus atos, cada qual pela sua infração penal correspondente, vale dizer, o árbitro pelo delito tipificado no art. 41-C e o cartola por aquele previsto pelo art. 41-D, todos do mesmo diploma repressivo.

Capítulo 87

Contrabando ou Descaminho

Contrabando ou descaminho

Art. 334. Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem:

a) pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei;

b) pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando ou descaminho;

c) vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem;

d) adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal, ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos.

§ 2º Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências.

§ 3º A pena aplica-se em dobro, se o crime de contrabando ou descaminho é praticado em transporte aéreo.

1. INTRODUÇÃO

Hoje em dia, as ruas dos grandes centros urbanos encontram-se congestionadas pelo comércio ambulante, geralmente, praticado na ilegalidade. São expostos

e vendidos produtos que não passaram por qualquer controle de qualidade e que, no entanto, atraem o grande público em razão dos baixos preços com que são comercializados. Embora nosso país sempre tenha vivido a realidade das desigualdades sociais, onde os ricos ficam cada vez mais abastados e os pobres cada vez mais miseráveis, onde o conceito constitucional de igualdade de todos perante a lei é puramente formal, onde a corrupção fincou a sua "barraca" no interior da Administração Pública, existe a necessidade de proteger o Estado e, consequentemente, todos os cidadãos, no que diz respeito à importação ou exportação de mercadorias proibidas, ou quando, embora permitidas, a lesão importa na ilusão, no todo ou em parte, do pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria.

Em razão da gravidade desses fatos é que foi criado o delito de contrabando ou descaminho, tipificado no art. 334 do Código Penal. De acordo com a redação constante do *caput* do mencionado artigo, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de importar ou exportar mercadoria proibida; b) iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria.

Na primeira parte constante do *caput* do art. 334 do Código Penal é que se encontra o delito de *contrabando* (*próprio*); na segunda, o crime de *descaminho*, também conhecido como *contrabando impróprio*.

São precisas as lições de Márcia Dometila Lima de Carvalho, quando aponta a diferença entre as duas infrações penais:

> "embora reunidos num mesmo tipo, o do art. 334 do citado Estatuto, e sujeitos à mesma sanção, não há como negar que os dois fatos, a exportação ou importação de mercadoria proibida e a fraude aos tributos aduaneiros, possuem características próprias de cada um, sendo mesmo diversa a sua natureza jurídico-penal. Assim, enquanto o descaminho, fraude no pagamento dos tributos aduaneiros, é, *grosso modo*, crime de sonegação fiscal, ilícito de natureza tributária pois atenta imediatamente contra o erário público, o contrabando propriamente dito, a exportação ou importação de mercadoria proibida, não se enquadra entre os delitos de natureza tributária. Estes, procedidos de uma relação fisco-contribuinte, fazem consistir, o ato de infrator, em ofensa ao direito estatal de arrecadar tributos. Em resumo, o preceito contido nas normas tipificadoras dos fiscais acha-se assentado sobre uma relação fisco-contribuinte, tutelando interesses do erário público e propondo-se, com as sanções respectivas, a impedir a violação de obrigações concernentes ao pagamento dos tributos. Já o preceito inerente à norma tipificadora do contrabando visa a proteger outros bens jurídicos, que, embora possam configurar interesses econômicos-estatais, não se traduzem em interesses fiscais. Inexiste uma relação fisco-contribuinte entre o Estado e o autor do contrabando. Proibida a exportação ou importação de determinada mercadoria, o seu ingresso ou a sua saída das fronteiras nacionais configura um fato ilícito e não um fato gerador de tributos".[1]

Cuida-se de norma penal em branco, devendo o intérprete, por exemplo, para efeitos de aplicação do artigo *sub examen*, tomar conhecimento das mercadorias cuja importação ou exportação é proibida.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum no que diz respeito ao sujeito ativo e próprio quanto ao sujeito passivo; doloso; de forma livre; comissivo, através das modalidades importar e exportar (podendo, no entanto, nesses casos, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal) ou omissivo próprio (na modalidade *iludir o pagamento*, que também poderá ser praticada comissivamente); instantâneo, de efeitos permanentes; monossubjetivo; unissubsistente ou plurissubsistente (dependendo, no caso concreto, da possibilidade ou não de fracionamento do *iter criminis*); transeunte (podendo, no entanto, ser considerado como não transeunte, se houver possibilidade de realização de perícia).

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa poderá ser *sujeito ativo* do delito de *contrabando ou descaminho*, haja vista que o tipo do art. 334 do Código Penal não exige nenhuma qualidade ou condição especial.

O *sujeito passivo* é o Estado.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo delito de *contrabando ou descaminho*.

O objeto material do delito é a mercadoria proibida, importada ou exportada, ou o direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadorias cujo pagamento fora iludido total ou parcialmente.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Quando se está diante do crime de contrabando próprio, o delito se consuma quando da entrada (importação) ou saída (exportação) do território nacional da

1 CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Crimes de contrabando e descaminho*, p. 4.

mercadoria proibida. Se a entrada ou saída do território nacional se faz, como adverte Noronha,

> "através da alfândega, tal só existirá quando a mercadoria tiver transposto a *zona fiscal*. Esta, na forma do art. 632 da Nova Consolidação das Leis das Alfândegas, 'limita-se nas fronteiras terrestres, no litoral ou nas margens dos rios, lagoas e águas interiores da república, a um quarto de légua, em toda a sua extensão, menos a parte compreendida nos limites urbanos das cidades, vilas e povoações, e compreende as ilhas não habitadas'. Não é, entretanto, provável, tratando-se de mercadoria *proibida*, que o contrabando se dê pela aduana".[2]

Ainda seguindo as lições de Noronha, "é também com a *liberação* que se consuma o *descaminho*: a fraude ou o expediente surtiu efeito, *iludiu* as autoridades alfandegárias, entrando o destinatário na posse da coisa sem pagar os tributos ou direitos respectivos".[3]

Merecem registro, ainda, por serem complementares ao raciocínio levado a efeito por Noronha, as lições de Márcia Dometila Lima de Carvalho, quando assevera:

> "Tanto na forma de exportação quanto na de importação, o crime se consuma quer o agente evite a barreira alfandegária, atravessando clandestinamente a linha de fronteira, quer o agente passe através das citadas barreiras, iludindo o pagamento dos encargos respectivos. Vale gizar, no entanto, que o descaminho, na modalidade de exportação, requer, para consumar-se, a ultrapassagem da linha de fronteira, quando termina, portanto, a zona fiscal; enquanto o agente não cruza a fronteira, achando-se dentro da zona fiscal, o delito permanece tentado; já no descaminho por importação, o delito consuma-se ainda nos limites da zona fiscal, não se cogitando de haver o agente ultrapassado a faixa de fronteira."[4]

Tratando-se, como regra, de crime plurissubsistente, será possível o reconhecimento da tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *contrabando ou descaminho*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

2 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 341.
3 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 342.
4 CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Crimes de contrabando e descaminho*, p. 14-15.

O agente deverá conhecer todos os elementos que integram a figura típica em estudo, pois, caso contrário, poderá ser arguido o erro de tipo. Assim, imagine-se a hipótese daquele que traz consigo, do exterior, mercadoria cuja importação é proibida, mas que acreditava ser permitida, de acordo com a quota estipulada pelo Governo para efeitos de isenção de impostos.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos *importar* e *exportar* mercadoria proibida pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente. No que diz respeito à conduta de *iludir*, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria, poderá ela ser considerada comissiva ou omissiva própria, dependendo da forma como o delito de descaminho for praticado. Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica pela ementa abaixo transcrita:

> "A conduta típica do crime de descaminho é iludir. Traduz ideia de enganar, mascarar a realidade, simular, dissimular; o agente vale-se de expediente para dar impressão de não praticar conduta tributável. Há, pois, fraude, por ação ou omissão. No primeiro caso, ilustrativamente, procura evidenciar a mercadoria 'a', como 'b'; no segundo, se a pessoa indagada pelo agente fazendário se porta objeto tributável, figurando não compreender, deixa de responder, ou não toma a iniciativa de evidenciar o fato" (REsp. 11.501/SE, Recurso Especial 1996/ 006788-5, Rel. Min. Luiz Cernicchiaro, 6ª Turma, julgamento em 9/3/99, publicação no *DJ* em 12/4/99, p. 200).

Poderá, ainda, o crime ser praticado via omissão imprópria, na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, nada fizer para evitar a prática do delito *sub examen*, devendo ser responsabilizado nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. MODALIDADES ASSEMELHADAS DE CONTRABANDO OU DESCAMINHO

O § 1º do art. 334 do Código Penal, com a redação determinada pela Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, prevê quatro modalidades assemelhadas de contrabando ou descaminho, a saber:

> a) pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei;
>
> [...].

Navegação de cabotagem, de acordo com a definição constante do inciso IX do art. 2º da Lei nº 9.432, de 8 de janeiro de 1997, é a realizada entre portos ou pontos do território brasileiro, utilizando a via marítima ou esta e as vias navegáveis interiores, sendo que o inciso X do citado artigo define a navegação interior como sendo a realizada em hidrovias interiores, em percurso nacional ou internacional.

> b) pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando ou descaminho;
>
> [...].

Fato assimilado é aquele previsto pela legislação especial, comparável ao contrabando ou descaminho, a exemplo do art. 39 do Decreto-Lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967, que considera como contrabando a saída de mercadorias da Zona Franca sem a autorização legal expedida pelas autoridades competentes; ou o art. 3º do Decreto-Lei nº 399, de 30 de dezembro de 1968, que diz ficarem incursos nas penas previstas no art. 334 do Código Penal os que, em infração às medidas a serem baixadas na forma do seu art. 2º, adquirirem, transportarem, venderem, expuserem à venda, tiverem em depósito, possuírem ou consumirem qualquer dos produtos nele mencionados, vale dizer, fumo, charuto, cigarrilha e cigarro de procedência estrangeira.

> c) vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem;
>
> [...].

Analisando a transcrita alínea *c* do art. 334 do Código Penal, Fragoso, com precisão, preleciona:

> "Mal se compreende a incriminação prevista no primeiro caso. Temos ali ações pelo próprio autor do contrabando ou descaminho, que representam um *exaurimento* do crime, e que constituiriam normalmente fato posterior impunível. A hipótese se resolveria como concurso aparente de normas. Não é admissível que o legislador tenha pretendido punir o contrabandista duas vezes: uma pelo contrabando, e outra pela venda, exposição à venda, manutenção em depósito ou utilização, em proveito próprio, da coisa contrabandeada. A solução a ser adotada, a nosso ver, deve ser a de considerar a hipótese da primeira parte da letra *c* norma especial em relação ao contrabando ou descaminho, de tal sorte que sua aplicação (nas situações de venda, exposição à venda, depósito ou utilização em proveito próprio) exclui a do crime previsto na cabeça do artigo".[5]

A repercussão de ordem prática ao se aplicar ao autor do contrabando ou descaminho a alínea *c sub examen* pode residir no fato de que, em algumas situações, a exemplo daquele que expõe à venda ou mantém em depósito, o delito deixaria de ser instantâneo, de efeitos permanentes, passando a ser considerado um crime permanente, podendo o agente, nesse caso, ser preso em flagrante, além de modificar a contagem do prazo prescricional.

Na segunda parte constante da alínea *c* em estudo, estaríamos diante de um caso de receptação, ficando afastada, no entanto, a aplicação do art. 180 do Código Penal, em virtude da aplicação do princípio da especialidade.

O § 2º do art. 334 do Código Penal equipara às atividades comerciais qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, até mesmo em residências.

> d) adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal, ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos.

Cuida-se, também aqui, de um delito de receptação, que foi especializado pela alínea *d* do § 1º do art. 334 do Código Penal.

Aplica-se, *in casu*, o § 2º do art. 334 do citado diploma repressivo no que diz respeito à extensão do conceito de atividades comerciais.

9. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA

Diz o § 3º do art. 334 do Código Penal, com a redação determinada pela Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, que a pena será aplicada em dobro, se o crime de contrabando ou descaminho for praticado em transporte aéreo.

Nesse caso, o transporte aéreo utilizado pelo agente dificulta a descoberta da infração penal, importando em maior juízo de censura. Estamos, no entanto, com Guilherme de Souza Nucci quando esclarece:

5 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*, v. 2, p. 482-483.

"De fato, quem invade o País transportado por avião tem menor probabilidade de ser fiscalizado do que a pessoa que segue pela via terrestre. Mas deve-se ponderar que os voos regulares de companhias aéreas estabelecidas, que passam por zona alfandegária, não podem incidir neste parágrafo, uma vez que a fiscalização pode ser rígida. Refere-se o aumento, pois, aos voos clandestinos".[6]

10. PENA, AÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de contrabando ou descaminho (*caput* e § 1º do art. 334 do Código Penal) é de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

A pena aplica-se em dobro se o crime de contrabando ou descaminho é praticado em transporte aéreo.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, desde que não aplicado o § 3º do art. 334 do Código Penal.

11. DESTAQUES

11.1. Competência para julgamento

O Superior Tribunal de Justiça, por intermédio da Súmula nº 151, ratificou posição no sentido de que:

> ***Súmula 151.*** *A competência para o processo e julgamento por crime de contrabando ou descaminho define-se pela prevenção do Juízo Federal do lugar da apreensão dos bens.*

11.2. Princípio da insignificância

O princípio da insignificância tem sido aplicado por nossos Tribunais Superiores à infração penal tipificada no art. 334 do diploma repressivo, conforme se verifica pela seguinte decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça:

> De acordo com o entendimento recentemente firmado pelo STF, aplica-se o princípio da insignificância à conduta prevista no art. 334, *caput*, do CPB (descaminho), caso a ilusão de impostos seja igual ou inferior ao valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), estabelecido pelo art. 20, *caput*, da Lei nº 10.522/2002, alterado pela Lei nº 11.033/2004, para a baixa na distribuição e arquivamento de execução fiscal pela Fazenda Pública. *HC* 92.438/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJU* 29/8/08, *HC* 95.749/PR, Rel. Min. Eros Grau, *DJU* 7/11/2008 e RE 536.486/RS, Relª. Minª. Ellen Gracie, *DJU* 19/9/2008. Segundo o posicionamento externado pela Corte Suprema, cuidando-se de crime que tutela o interesse moral e patrimonial da Administração Pública, a conduta por ela considerada irrelevante não deve ser abarcada pelo Direito Penal, que se rege pelos princípios da subsidiariedade, intervenção mínima e fragmentariedade. (STJ, *HC* 116293/TO, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 5ª T., j. 18/12/2008).

6 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 1032.

Percebe-se, portanto, que para efeitos de aplicação do princípio da insignificância aos delitos de contrabando e descaminho, nossos Tribunais Superiores estão levando em conta as disposições contidas no art. 20 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, que dispõe sobre o cadastro informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais, com a nova redação dada pela Lei nº 11.033/2004, que diz:

> **Art. 20.** Serão arquivados, sem baixa na distribuição, mediante requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, os autos das execuções fiscais de débitos inscritos como Dívida Ativa da União pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ou por ela cobrados, de valor consolidado igual ou inferior a R$ 10.000,00 (dez mil reais).

Na redação original, o valor era de R$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais). Agora, com a nova redação, foi elevado para R$ 10.000,00 (dez mil reais). Apesar da posição assumida pelos nossos Tribunais Superiores, não entendemos deva o mencionado art. 20 servir de parâmetro para efeitos de aplicação do raciocínio relativo ao princípio da insignificância, pois isso resultaria em situações evidentemente injustas, a exemplo daquele que é condenado por ter praticado um furto no valor de R$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais), enquanto outro agente, autor de um delito de descaminho, seria absolvido por ter iludido o pagamento de impostos que importavam, por exemplo, em um prejuízo de R$ 9.000,00 (nove mil reais) para o Estado.

Não se pode considerar a falta de interesse da Fazenda Pública, no sentido de processar suas execuções fiscais de débitos com valores inferiores a R$ 10.000,00 (dez mil reais), para efeito de reconhecimento da insignificância. Uma coisa é o desinteresse em dar início à execução fiscal por questões de ordem econômica (ou seja, o custo do processamento judicial pode ser superior ao valor executado); outra coisa é se, no caso concreto, existe tipicidade material, o que nos parece evidente, tendo em vista o elevado valor previsto pelo art. 20 da

Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.033, de 21 de dezembro de 2004.

Assim, embora esteja consolidada, em nossa jurisprudência, a aplicação do princípio da insignificância no caso em estudo, com a devida *venia*, ousamos discordar desse raciocínio, pois, caso contrário, também deveria ser ampliado, a fim de atingir algumas infrações de natureza patrimonial, a exemplo do delito de furto, gerando, consequentemente, o caos social.

Com isso não queremos afirmar ser impossível a aplicação do raciocínio relativo ao princípio da insignificância ao tipo do art. 334 do Código Penal. Existem fatos considerados como de bagatela, nos quais, certamente, restará ausente a tipicidade material. Assim, entendemos ter agido com acerto o Superior Tribunal de Justiça quando decidiu:

> "Recurso especial. Descaminho (art. 334, do CP). Ausência de dolo e princípio da insignificância. Não comprovação da destinação comercial da mercadoria.
>
> No caso *sub examine*, a pequena quantidade e o ínfimo valor da mercadoria de procedência estrangeira apreendida em poder do acusado autoriza a aplicação do princípio da insignificância.
>
> Peculiaridades do caso que evidenciam não ter o recorrido agido dolosamente para fraudar o fisco. Absolvição que deve ser mantida, por se harmonizar o aresto recorrido com jurisprudência desta Corte.
>
> Recurso especial não conhecido" (REsp. 124897/CE, Recurso Especial 1997/0020288-7, 5ª Turma, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julgamento em 2/12/99, publicação no *DJ* em 21/2/2000, p. 148).

CAPÍTULO 88

IMPEDIMENTO, PERTURBAÇÃO OU FRAUDE DE CONCORRÊNCIA

Impedimento, perturbação ou fraude de concorrência

Art. 335. Impedir, perturbar ou fraudar concorrência pública ou venda em hasta pública, promovida pela administração federal, estadual ou municipal, ou por entidade paraestatal; afastar ou procurar afastar concorrente ou licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém de concorrer ou licitar, em razão da vantagem oferecida.

1. INTRODUÇÃO

O art. 335 do Código Penal foi revogado pelos tipos penais constantes dos arts. 93 e 95 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamentou o art. 37, XXI, da Constituição Federal e instituiu normas de licitações e contratos da Administração Pública.

Dessa forma, para efeito de comparação, faremos somente a transcrição dos artigos constantes da Seção III do Capítulo IV da referida Lei, sem, no entanto, tecer comentários, tendo em vista que adentraríamos no estudo de um diploma específico, fugindo à finalidade desta obra.

> **Art. 93.** Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório:
>
> Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:

Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.

Capítulo 89

Inutilização de Edital ou de Sinal

Inutilização de edital ou de sinal

Art. 336. Rasgar ou, de qualquer forma, inutilizar ou conspurcar edital afixado por ordem de funcionário público; violar ou inutilizar selo ou sinal empregado, por determinação legal ou por ordem de funcionário público, para identificar ou cerrar qualquer objeto:

Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *inutilização de edital ou de sinal* encontra-se previsto no art. 336 do Código Penal. Mediante a análise da redação típica, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de *rasgar* ou, de qualquer forma, *inutilizar* ou *conspurcar* edital afixado por ordem de funcionário público; b) a violação ou inutilização de selo ou sinal empregado, por determinação legal ou por ordem de funcionário público, para identificar ou cerrar qualquer objeto.

Verifica-se, portanto, que o art. 336 do Código Penal contém diferentes objetos materiais. Na primeira parte do artigo, a conduta do agente é dirigida contra *edital*; na segunda, contra *selo* ou *sinal*.

Hungria, com precisão de detalhes, analisa a primeira parte do art. 336 do Código Penal dizendo:

> "O objeto de proteção é, aqui, o edital que, emanado de funcionário público (nos casos legais) e por ordem deste, se divulga mediante afixação em lugar acessível a *quidam de populo*. Pode ser judicial (edital de citação, edital de praça ou hasta pública, edital de casamento) ou administrativo (edital de concorrência pública, edital de concurso, edital de aviso ou convocação para qualquer outro determinado fim administrativo). O fato de rasgar, inutilizar ou conspurcar o edital representa, antes de tudo, um menosprezo, uma desprestigiante irreverência

> para com a autoridade que o fez afixar, e, embora substituível o edital por outro, não deixa de ser, também, um embaraço, ainda que transitório, ao fim de ordem ou interesse público colimado por esse meio de publicidade oficial. O rasgamento (dilaceração) pode ser total ou parcial (com ou sem completo desprendimento do papel, podendo, ou não, ser reunidos os retalhos para reconstituição do edital). Inutilizar é tornar ilegível o edital, como, por exemplo, riscando-o, raspando-o, colocando outro papel por cima. Conspurcar é sujar, emporcalhar, ainda que não fique, de todo, prejudicada a leitura".[1]

Na segunda parte do art. 336 do Código Penal, a conduta é *violar* (utilizada no sentido de romper, profanar, devassar) ou *inutilizar* (compreendida como tornar inútil ou imprestável), selo ou sinal empregado por determinação legal ou por ordem de funcionário público, que deverá ter competência para o ato, utilizado para identificar ou cerrar qualquer objeto, seja ele móvel ou imóvel, a exemplo dos lacres, arames, fitas utilizadas pela polícia para evitar o ingresso de pessoas em determinados locais, papéis timbrados, que podem ou não ser assinados pela autoridade que determinou o fechamento de um local etc.

Conforme esclarece Noronha,

> "necessário, entretanto, é que sejam determinados por lei ou que funcionário competente os tenha ordenado. Servem para assegurar a identidade de uma coisa, pois, contendo a marca, timbre ou assinatura da autoridade, são colocados na boca ou abertura de urnas, caixas, gavetas, ou em portas etc., sempre que se quer assegurar a permanência ou não substituição de seu conteúdo etc.".[2]

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum no que diz respeito ao sujeito ativo e próprio quanto ao sujeito passivo; doloso; de forma livre, comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa poderá ser *sujeito ativo* do delito de *inutilização de edital ou de sinal*, haja vista que o tipo do art. 336 do Código Penal não exige nenhuma qualidade ou condição especial.

O sujeito passivo é o Estado.

1. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 444.
2. NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 356.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo delito de *inutilização de edital ou de sinal.*

Objeto material do delito é o edital, referido na primeira parte do art. 336 do Código Penal, bem como o selo ou sinal empregado, por determinação legal ou por ordem de funcionário público, para identificar ou cerrar qualquer objeto.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Tratando-se de um crime de dano, o delito se consuma no momento em que o agente rasga, inutiliza ou conspurca o edital mencionado pela primeira parte do tipo do art. 336 do Código Penal. Da mesma forma, ocorrerá a consumação quando o agente vier a, efetivamente, violar ou inutilizar selo ou sinal empregado, por determinação legal ou por ordem de funcionário público, para identificar ou cerrar qualquer objeto, não havendo necessidade de que o agente tenha tido conhecimento, por exemplo, do conteúdo da coisa por ele visada com a prática da violação ou inutilização do selo ou sinal.

Tratando-se de crime plurissubsistente, será possível o reconhecimento da tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *inutilização de edital ou de sinal*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Assim, por exemplo, aquele que, de forma imprudente, deixando de observar o seu necessário dever objetivo de cuidado, vier a violar sinal empregado, por ordem de funcionário público, para identificar um objeto, não poderá ser responsabilizado pelo delito em estudo.

Da mesma forma, o agente deverá conhecer todos os elementos que integram a figura típica para que se possa afirmar o seu dolo, pois, caso contrário, poderá ser arguido o erro de tipo. A título de exemplo, imagine-se a hipótese daquele que viola um sinal empregado para identificar um objeto, não tendo conhecimento de que ali havia sido colocado por determinação legal ou por ordem de funcionário público. Nesse caso, sua conduta deverá ser considerada atípica, pois, mesmo que tenha agido sem observar o seu dever objetivo de cuidado, a ausência de previsão expressa para a modalidade de natureza culposa faz com que o seu comportamento seja considerado um indiferente penal.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

As condutas de *rasgar, inutilizar, conspurcar* e *violar* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente. Poderá, no entanto, o crime ser praticado via omissão imprópria, na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, nada fizer para evitar a prática do delito *sub examen*, devendo ser responsabilizado nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *inutilização de edital ou de sinal* é de detenção, 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito tipificado no art. 336 do Código Penal, tendo em vista que a pena máxima cominada em abstrato não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Capítulo 90

Subtração ou Inutilização de Livro ou Documento

Subtração ou inutilização de livro ou documento

Art. 337. Subtrair, ou inutilizar, total ou parcialmente, livro oficial, processo ou documento confiado à custódia de funcionário, em razão de ofício, ou de particular em serviço público:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *subtração ou inutilização de livro ou documento* encontra-se previsto pelo art. 337 do Código Penal. De acordo com a redação típica, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de *subtrair* ou *inutilizar*, total ou parcialmente, livro oficial, processo ou documento; b) confiado à custódia de funcionário, em razão de ofício; c) ou de particular em serviço público.

O núcleo *subtrair* pode ser entendido tal como no delito de furto, vale dizer, no sentido de retirar o objeto material da esfera de disponibilidade do funcionário, em razão de ofício, ou de particular em serviço público, com o consequente ingresso na posse tranquila do agente. Conforme esclarece Luiz Regis Prado, "importa agregar que tanto a ocultação como a substituição são formas de subtração, pois também representam a retirada da coisa do seu lugar próprio".[1]

Inutilizar tem o significado de tornar inútil, imprestável, total ou parcialmente, livro oficial, processo ou documento.

Livro oficial é aquele criado por lei, em sentido amplo, para determinada finalidade de registro; *processo* diz respeito a uma reunião concatenada, organizada de atos de qualquer natureza (administrativa, judicial, legislativa etc.), que se materializa naquilo que denominamos de *autos; documento* é todo escrito, de natureza pública ou privada.

1 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 4, p. 585.

Para que ocorra o delito em estudo, a conduta prevista pelo tipo deve ter tido como objeto material o livro oficial, o processo ou o documento que estava confiado à custódia de funcionário, em razão do ofício, ou seja, em razão do cargo por ele ocupado, ou a particular, que se encontrava no exercício de serviço público, pois, conforme esclarece Hungria, também "nesse último caso, como é claro, a custódia e o serviço público devem estar em relação de efeito a causa (como, por exemplo, na hipótese de provas escritas de um concurso oficial confiadas a um examinador não-funcionário público)".[2]

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum no que diz respeito ao sujeito ativo e ao sujeito passivo; doloso; de forma livre, comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte (no que diz respeito à conduta de inutilizar, total ou parcialmente, livro oficial, processo ou documento, podendo ser transeunte na hipótese de subtração, ficando inviabilizada a perícia).

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa poderá ser *sujeito ativo* do delito de *subtração ou inutilização de livro ou documento*, haja vista que o tipo do art. 337 do Código Penal não exige nenhuma qualidade ou condição especial.

O sujeito passivo é o Estado e, secundariamente, qualquer pessoa – física ou jurídica – prejudicada com a subtração ou inutilização, total ou parcial, de livro oficial, processo ou documento.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo delito de *subtração ou inutilização de livro ou documento*.

O objeto material do delito é o livro oficial, processo ou documento confiado à custódia de funcionário, em razão de ofício, ou de particular em serviço público.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando o agente subtrai, ou seja, retira o objeto material da esfera de disponibilidade da vítima, fazendo-o ingressar na sua posse tranquila, mesmo que por curto período, tal como ocorre com o delito de furto, tipificado no art. 155 do Código Penal, bem como quando o inutiliza, total ou parcialmente.

Tratando-se de crime plurissubsistente, será possível o reconhecimento da tentativa.

2 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 448.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *subtração ou inutilização de livro ou documento*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

O agente deverá, no entanto, ter conhecimento de todos os elementos que integram a figura típica, pois, caso contrário, poderá ser arguido o erro de tipo, afastando-se o dolo e, consequentemente, a própria infração penal.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

As condutas de *subtrair* e *inutilizar* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente.

Poderá, no entanto, o crime ser praticado via omissão imprópria, na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, nada fizer para evitar a prática do delito *sub examen*, devendo ser responsabilizado nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. PENA E AÇÃO PENAL

A pena cominada ao delito de *subtração ou inutilização de livro ou documento* é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Capítulo 91

Sonegação de Contribuição Previdenciária

Sonegação de contribuição previdenciária

Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I – omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços;

II – deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços;

III – omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

§ 1º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

§ 2º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:

I – (Vetado.)

II – o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

§ 3º Se o empregador não é pessoa jurídica e sua folha de pagamento mensal não ultrapassa R$ 1.510,00 (um mil, quinhentos e dez reais), o juiz poderá reduzir a pena de 1/3 (um terço) até a metade ou aplicar apenas a de multa.

§ 4º O valor a que se refere o parágrafo anterior será reajustado nas mesmas datas e nos mesmos índices do reajuste dos benefícios da previdência social.

1. INTRODUÇÃO

O delito de sonegação de contribuição previdenciária foi acrescentado ao Código Penal pela Lei nº 9.983, de 14 de julho de 2000, que procurou mantê-lo no Capítulo II, relativo aos crimes praticados por particular contra a Administração em geral, que, por sua vez, encontra-se no Título XI da Parte Especial, que diz respeito aos crimes contra a Administração Pública. Por essa razão é que sua previsão consta do art. 337-A, mesmo que não tenha qualquer ligação com os comportamentos tipificados no art. 337, que cuida do delito de *sonegação ou inutilização de livro ou documento*.

O delito de *sonegação de contribuição previdenciária* pode ser praticado de três formas diferentes. Por essa razão o *caput* do art. 337-A narra o comportamento de *suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório* para, logo em seguida, por meio dos incisos I, II e III, explicitar como o delito poderá ser praticado. *Ab initio*, vale esclarecer o que vem a ser *contribuição social previdenciária*, haja vista que se trata do objeto material do delito em estudo. O art. 194 da Constituição Federal diz que a *seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.* O art. 195, também da Constituição Federal, a seu turno, assevera:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou o faturamento;

c) o lucro;

II – do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201;

III – sobre a receita de concursos de prognósticos;

IV – do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar.

Embora exista controvérsia doutrinária, tem-se entendido, majoritariamente, que as contribuições sociais previdenciárias possuem a natureza de tributo, amoldando-se ao conceito previsto no art. 3º do Código Tributário Nacional, que diz que *tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.*

De acordo com a redação constante do *caput* do art. 337-A, os núcleos constantes do tipo penal em estudo são: *suprimir* e *reduzir*. A conduta de *suprimir* é praticada pelo agente, mediante qualquer dos comportamentos previstos nos incisos I a III e tem por finalidade eliminar, deixar de pagar a contribuição social previdenciária ou qualquer acessório; *reduzir* significa diminuir, efetuando, efetivamente, o pagamento em quantidade inferior à devida. Cuida-se de norma penal em branco, devendo o intérprete buscar o complemento na legislação previdenciária, principalmente na Lei nº 8.212/91, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social, bem como no Decreto nº 3.048/99, que a regulamentou.

Para que possa ser responsabilizado criminalmente, o agente deve dirigir finalisticamente sua conduta no sentido de:

I – omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços.

Trata-se, portanto, de crime omissivo próprio, em que o agente deixa de levar a efeito aquilo que lhe é determinado pela norma. No caso em exame, o agente não inclui em folha de pagamento qualquer das pessoas elencadas pelo inciso I do art. 337-A (empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços), com a finalidade de suprimir ou reduzir a devida contribuição social previdenciária.

Com sua omissão, o agente descumpre as determinações constantes dos incisos I e IV do art. 225 do Decreto nº 3.048/99, que regulamentou a Lei nº 8.212/91, *verbis*:

> **Art. 225.** A empresa é também obrigada a:
>
> I – preparar folha de pagamento da remuneração paga, devida ou creditada a todos os segurados a seu serviço, devendo manter, em cada estabelecimento, uma via da respectiva folha e recibos de pagamentos;
>
> IV – informar mensalmente ao Instituto Nacional do Seguro Social, por intermédio da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e informações à Previdência Social, na forma por ele estabelecida, dados cadastrais, todos os fatos geradores de contribuição previdenciária e outras informações de interesse daquele Instituto.
>
> [...].

II – deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços.

Tal como ocorre no inciso anterior, por mais uma vez houve a previsão de uma omissão própria, em que o agente não cumpre as determinações constantes da Lei nº 8.212/91, bem como aquelas previstas no Decreto nº 3.048/99.

De acordo com o inciso II do art. 225 do Decreto nº 3.048/99, a empresa é também obrigada a *lançar mensalmente em títulos próprios de sua contabilidade, de forma discriminada, os fatos geradores de todas as contribuições, o montante das quantias descontadas, as contribuições da empresa e os totais recolhidos.*

III – omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias.

Cuida-se, também, de crime omissivo próprio. Dissertando sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci esclarece:

> "A receita é o faturamento da empresa ou do empregador, que significa o ganho bruto das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviços de qualquer natureza, não se integrando nesta o 'valor do imposto sobre produtos industrializados, quando destacado em separado no documento fiscal' e o 'valor das vendas canceladas, das devolvidas e dos descontos a qualquer título concedidos incondicionalmente' (art. 2º da Lei Complementar 70/91). A folha de salários já não servia de base única para a contribuição à seguridade social, pois a aceleração da substituição do homem pela máquina fez cair a folha de pagamentos. Surgem novas fontes de custeio, que são o faturamento e o lucro. Cabe à empresa fornecer fundos para a seguridade social porque provoca despesas com o exercício da sua atividade, que gera riscos para o trabalhador. Esses riscos implicam no pagamento de benefícios e na organização de vários serviços em benefício do trabalhador."[1]

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime próprio com relação ao sujeito ativo, bem como ao sujeito passivo; doloso; de forma livre; omissivo próprio (haja vista que os comportamentos narrados pelo tipo penal em estudo importam em uma inação do agente); monossubjetivo; unissubsistente, transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Conforme esclarece Luiz Regis Prado, os

> "*sujeitos ativos* do delito em análise tanto podem ser o empresário individual como aqueles que ocupam cargos administrativos ou técnico-contábil-financeiro nas sociedades empresariais, como os sócios-gerentes, os membros do Conselho de Administração, os diretores, os contadores, os gerentes de contabilidade, os gerentes administrativos e financeiros; os chefes do setor, de divisão ou de departamento de emissão de documentos fiscais de interesse do INSS etc.".[2]

O *sujeito passivo* é o Estado ou, mais especificamente, o INSS.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo delito de *sonegação de contribuição previdenciária.*

Não há objeto material.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Tratando-se de crime omissivo próprio, o delito se consuma, conforme assevera Luiz Regis Prado, "no momento em que a guia de informação a que se refere o art. 225 do Decreto nº 3.048/99 é apresentada ao órgão previdenciário

1 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 1.039.
2 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 4, p. 594.

com omissão dos dados relevantes apontados pelo legislador".[3] Tem sido afastada a possibilidade de reconhecimento da tentativa, em virtude da natureza monossubsistente do delito em estudo.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *sonegação de contribuição previdenciária*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Assim, por exemplo, se o agente, negligentemente, pratica qualquer das omissões elencadas pelos incisos I a III do art. 337-A do Código Penal, o fato deverá ser considerado atípico, independentemente da possibilidade de ser aplicada uma sanção de natureza administrativa, nos termos do art. 283 do Decreto nº 3.048/99.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

As condutas previstas no tipo são características das chamadas omissões próprias, devendo o agente responder pela sua inação.

8. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

O § 1º do art. 337-A, cuidando da extinção da punibilidade, diz:

> § 1º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

Verifica-se, pela redação do mencionado dispositivo legal, que não há necessidade de que o agente leve a efeito o pagamento dos valores devidos, mas que, tão somente, *declare* e *confesse* as contribuições, importâncias ou valores e preste as informações devidas à previdência social, antes do início da ação fiscal, ao contrário do que ocorre, por exemplo, com a apropriação indébita previdenciária, que exige, para efeitos de extinção da punibilidade, que o agente não somente declare e confesse, mas que também efetue o pagamento devido, conforme se verifica na redação constante do § 2º do art. 168-A do Código Penal.

Existe controvérsia doutrinária e jurisprudencial no que diz respeito à possibilidade de o pagamento efetuado após o início da ação fiscal, mas anteriormente ao recebimento da denúncia ser considerado para efeitos de

3 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 4, p. 595.

extinção da punibilidade, aplicando-se, por analogia, o disposto no art. 34 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, que diz:

> **Art. 34.** Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.

Dissertando sobre o assunto, Fábio Zambitte Ibrahim, com precisão, aduz:

> "Embora não exista menção expressa aos tipos da Lei nº 9.983/00, até porque posteriores, é defensável a aplicação da analogia *in bonam partem* ao caso. Assim, o pagamento, antes da denúncia, também excluiria a punibilidade.
>
> Aqui, ao contrário da apropriação indébita previdenciária, entendo correta a analogia, pois no tipo do art. 168-A do CP há regra precisa e específica sobre o momento exato do pagamento para que este tenha como efeito a extinção da punibilidade. Já no caso da sonegação de contribuição previdenciária, esta previsão inexiste, limitando-se à declaração e confissão antes da ação fiscal. Mas o que dizer do pagamento? Deve-se, nesta hipótese, adotar analogicamente o art. 34 da Lei nº 9.249/95.
>
> Quanto ao parcelamento, a questão é mais complicada. Quando feito antes de qualquer ação fiscal, a punibilidade é necessariamente excluída, pois o parcelamento implica a confissão da dívida. Entretanto, quando se trata de parcelamento posterior à ação fiscal, não há, *a priori*, exclusão da punibilidade. Esse entendimento é decorrente, inclusive, ao veto do inciso I do § 2º, o qual trazia justamente hipótese de perdão judicial para débitos parcelados, após o início da ação fiscal, mas antes da denúncia.
>
> Deve-se ressaltar, contudo, divergência jurisprudencial a respeito, com diversos entendimentos, em especial do STJ, no sentido da exclusão da punibilidade, ainda que decorrente de parcelamento tardio, porém anterior à denúncia".[4]

Atualmente, os arts. 67, 68 e parágrafo único, e 69 e parágrafo único da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, dizem, respectivamente, *verbis*:

4 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*, p. 382-383.

> **Art. 67.** Na hipótese de parcelamento do crédito tributário antes do oferecimento da denúncia, essa somente poderá ser aceita na superveniência de inadimplemento da obrigação objeto da denúncia.
>
> **Art. 68.** É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, limitada a suspensão aos débitos que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento, enquanto não forem rescindidos os parcelamentos de que tratam os arts. 1º a 3º desta Lei, observado o disposto no art. 69 desta Lei.
>
> **Parágrafo único.** A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva.
>
> **Art. 69.** Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no art. 68 quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.
>
> **Parágrafo único.** Na hipótese de pagamento efetuado pela pessoa física prevista no § 15 do art. 1º desta Lei, a extinção da punibilidade ocorrerá com o pagamento integral dos valores correspondentes à ação penal.

Merecem ser registradas as lições de Fábio Zambitte Ibrahim quando, apontando a diferença de tratamento entre sonegadores e demais praticantes de crimes contra o patrimônio, assevera:

> "Pode-se dizer que os tipos penais tributários, em especial os previdenciários, passam por uma crise de identidade, pois, de modo cada vez mais evidente, deixam de transparecer condutas dotadas de reprovabilidade social, para, efetivamente, revelarem-se meros instrumentos arrecadatórios do Estado.
>
> Antes pelos Tribunais, e cada vez mais pelo legislador ordinário, os delitos de ordem tributária tornam-se pseudocrimes, que permitem, magicamente, a extinção da punibilidade com o pagamento, que, cada vez mais, tem sido admitido em qualquer tempo.
>
> Usualmente se afirma que um contribuinte, após o pagamento integral do crédito, não deva permanecer encarcerado, pois já adimpliu sua obrigação. Todavia, o crime de furto, por exemplo, não tem sua punibilidade extinta pelo singelo fato de o agente repor o bem ou indenizar a vítima.
>
> Na situação atual, há claro favorecimento a sujeitos passivos com patrimônio mais elevado, os quais, independente do dolo em fraudar o sistema e apoderar-se de tributos devidos, podem, facilmente, quitar suas dívidas e escapar, tranquilamente, da responsabilidade penal, enquanto empresários de menor porte e parcos recursos, mesmo que tenham deixado de recolher os tributos para salvar suas atividades, terão de ingressar no incerto caminho da inexigibilidade de conduta diversa, contando com a boa-vontade do julgador em admitir a conduta necessária do agente como único instrumento de salvação para sua atividade.
>
> Certamente, algo deve ser feito pelo legislador, seja pela descriminalização pura e simples dos ilícitos tributários, ou pela exclusão das salvaguardas que permitem uma verdadeira imunidade penal para contribuintes mais poderosos. A opção atual somente amplifica as desigualdades nacionais na esfera penal, em detrimento do objetivo constitucional da igualdade, o que é particularmente alarmante em crimes previdenciários, os quais guarnecem um subsistema da seguridade social que é fundado na justiça social (art. 193, CF/88)."[5]

9. PERDÃO JUDICIAL E APLICAÇÃO DA PENA DE MULTA

Assevera o § 2º do art. 337-A do Código Penal:

> § 2º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que:
>
> I – (Vetado.)
>
> II – o valor das contribuições devidas, inclusive acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

Assim, para que seja concedido o perdão judicial ou somente aplicada a pena de multa, deverá ser conjugada a primariedade com os bons antecedentes do

5 IBRAHIM, Fábio Zambitte. *A Extinção da Punibilidade dos Crimes de Apropriação Indébita Previdenciária e Sonegação de Contribuição Previdenciária* – Legislação Vigente e Inovação da Lei nº 11.941/09 (disponível em www.impetus.com.br).

agente, além do valor da dívida ser igual ou inferior ao mínimo considerado para efeitos de ajuizamento das execuções fiscais.

No entanto, o § 2º do art. 337-A prevê duas opções, ou seja, aplicação do perdão judicial ou tão somente a pena de multa, afastando-se aquela de natureza privativa da liberdade. Nesse caso, existe algum critério para fazer com que o julgador opte por uma das duas alternativas? Sabemos que se aplicar o perdão judicial a sentença que o concede possui natureza declaratória de extinção da punibilidade, não subsistindo qualquer efeito condenatório, nos termos preconizados pela Súmula 18 do STJ. Ao contrário, haverá uma condenação se o julgador optar pela aplicação da pena de multa. Por isso, há necessidade de se apontar um critério de escolha, razão pela qual estamos com Luiz Regis Prado, quando assevera:

> "Apesar de o perdão judicial ser um direito subjetivo do acusado, no caso ficará ele ao prudente arbítrio do juiz, de forma que, quanto menor for o dano causado pelo delito, afetando infimamente o bem jurídico tutelado, maior será o direito do acusado ao perdão judicial. Quando, porém, o dano causado aproximar-se do teto fixado pelo legislador, deve ser imposta a pena pecuniária".[6]

10. CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA E APLICAÇÃO DA PENA DE MULTA

Determina o § 3º do art. 337-A do Código Penal, *verbis*:

> § 3º Se o empregador não é pessoa jurídica e a sua folha de pagamento mensal não ultrapassa R$ 1.510,00 (um mil, quinhentos e dez reais), o juiz poderá reduzir a pena de 1/3 (um terço) até a metade ou aplicar apenas a multa.

A opção deverá ser feita levando em consideração o juízo de censura que deve recair sobre a conduta do agente, aplicando-se, *in casu*, a parte final constante do *caput* do art. 59 do Código Penal, que diz que a pena deve ser aquela *necessária* e *suficiente* para reprovação e prevenção do crime.

Assim, se o juiz entender que a pena de privação de liberdade é necessária, obrigatoriamente deverá reduzi-la de um terço até a metade, nos termos preconizados pelo mencionado § 3º, pois, embora a lei faça menção a *poderá*, este deve ser entendido como *deverá*, tratando-se, pois, de um direito subjetivo à redução da pena se o valor de sua folha de pagamento não ultrapassar o limite legal.

6 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 4, p. 603.

Ao contrário, se o juiz entender que, no caso concreto, a multa cumpre as funções explicitadas na parte final do *caput* do art. 59 do Código Penal, sendo ela a que melhor realiza o juízo de censura, deverá ser a escolhida.

O valor a que se refere o § 3º do art. 337-A do Código Penal será reajustado nas mesmas datas e nos mesmos índices do reajuste dos benefícios da previdência social, conforme determina o § 4º do mencionado artigo.

11. PENA E AÇÃO PENAL

A pena cominada ao delito de *sonegação de contribuição previdenciária* é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

O juiz poderá deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que o valor das contribuições devidas, até mesmo acessórios, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais, de acordo com o disposto no § 2º do art. 337-A do Código Penal.

Se o empregador não é pessoa jurídica e sua folha de pagamento mensal não ultrapassa R$ 1.510,00 (um mil, quinhentos e dez reais), o juiz poderá reduzir a pena de um terço até metade ou aplicar apenas a de multa, sendo que aquele valor será reajustado nas mesmas datas e nos mesmos índices do reajuste dos benefícios da previdência social, conforme dispõem os §§ 3º e 4º do art. 337-A do Código Penal.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

12. DESTAQUE

12.1. Dificuldades financeiras e sonegação de contribuição previdenciária

No que diz respeito a alegação de dificuldades financeiras, como dirimente do delito em estudo, já decidiu o TRF:

> "O elemento subjetivo exigido pelo tipo é o dolo genérico, caracterizado pela vontade dirigida ao propósito de reduzir ou suprimir a contribuição previdenciária com proveito próprio ou alheio, hipótese concretizada nos autos.
>
> Não é admitida a aplicação da excludente de culpabilidade por dificuldades financeiras nos casos de sonegação de contribuição previdenciária, que se perfaz com a utilização de meios fraudulentos para suprimir ou reduzir contribuição social, diferentemente do que ocorre com o crime de omissão de recolhimentos de contribuições previdenciárias" (TRF, 4ª Reg., Ap. Crim. ACR 39854/RS 2003.71.00.039854-2, Rel. Des. Tadaaqui Hirose, 7ª T., j. 18/12/2007, *DE* 16/1/2008).

Capítulo 92

Corrupção Ativa em Transação Comercial Internacional

Corrupção ativa em transação comercial internacional

Art. 337-B. Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada em 1/3 (um terço), se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário púbico estrangeiro retarda ou omite o ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

1. INTRODUÇÃO

O Capítulo II-A foi acrescentado ao Título XI da Parte Especial do Código Penal pela Lei nº 10.467, de 11 de junho de 2002. Passou a ser previsto, portanto, um capítulo destinado aos *crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira*, especializando as infrações penais nele contidas, vale dizer, os delitos de *corrupção ativa em transação comercial internacional* e o *tráfico de influência em transação comercial internacional*, além de ter sido traduzido o conceito de *funcionário público estrangeiro*.

Tais inovações se devem à Convenção sobre o combate da corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais, concluída em Paris, em 17 de dezembro de 1997, e aprovada pelo Decreto-Legislativo nº 125, de 14 de junho de 2000, em cujo preâmbulo aquele diploma legal diz que *a corrupção é um fenômeno difundido nas Transações Comerciais Internacionais, incluindo o comércio e o investimento, que desperta sérias preocupações morais e políticas, abala a boa governança e o desenvolvimento econômico, e distorce as condições internacionais de competitividade.*

No tipo penal do art. 337-B encontra-se, portanto, a previsão para o delito de *corrupção ativa em transação comercial internacional*, de onde podemos destacar os seguintes elementos: a) a conduta de *prometer, oferecer* ou *dar;* b) direta ou indiretamente; c) vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa; d) para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional.

Analisando o mencionado tipo penal, verificamos que a *corrupção ativa em transação comercial internacional* contém elementos que a especializam comparativamente ao delito de *corrupção ativa*, tipificado no art. 333 do Código Penal.

Inicialmente, além dos núcleos *prometer* (que nos dá a entender que a entrega da vantagem indevida ocorreria no futuro) e *oferecer* (que diz respeito a uma proposta de entrega mais imediata da vantagem indevida), o art. 337-B do Código Penal incluiu o núcleo *dar*. Aqui, portanto, ao contrário do que ocorre com o art. 333 do Código Penal, se o agente, mesmo que solicitado por funcionário público estrangeiro, lhe dá, ou seja, faz a entrega da vantagem indevida, o delito restará configurado. Dessa forma, tanto pratica o delito de *corrupção ativa em transação comercial internacional* o agente que, espontaneamente, dá a vantagem indevida a funcionário público estrangeiro ou a terceira pessoa, ou quando faz a entrega da vantagem quando por ele solicitado.

Assevera o tipo penal em estudo que o agente pode prometer, oferecer ou dar, *direta* (ou seja, pessoalmente, sem intermediários, expondo claramente seu propósito criminoso) ou *indiretamente* (isto é, por interposta pessoa, podendo valer-se de insinuações, agindo dissimuladamente etc.), vantagem indevida, tratando-se, outrossim, de um delito de forma livre.

A *vantagem indevida*, a exemplo do que ocorre nos delitos de concussão e corrupção ativa, pode ter qualquer natureza, isto é, econômica, moral, sexual etc., pois o tipo penal em exame está inserido em capítulo, bem como em título que nos permite essa ilação, ao contrário do que ocorre, por exemplo, com o art. 159 do Código Penal que, embora mencione a expressão *qualquer vantagem*, esta deverá, obrigatoriamente, ter natureza patrimonial, de acordo com a interpretação sistêmica que deve ser realizada.

A conduta deve ser dirigida a *funcionário público estrangeiro*, ou a *terceira pessoa*. Como vimos no início do estudo do Título XI da Parte Especial do Código Penal, que prevê os crimes contra a Administração Pública, a Lei nº 10.467, de 11 de junho de 2002, ao criar o capítulo relativo aos crimes praticados por particular contra a Administração Pública estrangeira, entendeu por bem traduzir o conceito de funcionário público estrangeiro, dizendo, em seu art. 337-D:

> **Art. 337-D.** Considera-se funcionário público estrangeiro, para os efeitos penais, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública em entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro.
>
> **Parágrafo único.** Equipara-se a funcionário público estrangeiro quem exerce cargo, emprego ou função em empresas controladas, diretamente ou indiretamente, pelo Poder Público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.

Além disso, conforme preleciona Guilherme de Souza Nucci,

> "enquanto no delito de corrupção ativa menciona-se apenas o funcionário público, neste caso há ainda a inclusão de *terceira pessoa*, abrindo a possibilidade de se punir alguém que consiga, mediante o oferecimento de uma quantia indevida qualquer, a atividade de sujeito não vinculado à Administração, mas que pode nela influir, para o fim de prejudicar ato de ofício inerente à transação comercial. Amplia-se, com isso, a possibilidade de punição, pois não é só o funcionário público estrangeiro que está habilitado a prejudicar a Administração Pública estrangeira, mas também outros que a ela tenham, de algum modo, acesso".[1]

Ao fazer a previsão, no tipo penal do art. 337-B, não só do funcionário público, mas também de *terceira pessoa*, a Lei nº 10.467, de 11 de junho de 2002, atendeu ao disposto no art. 1º, item 1, da Convenção sobre o combate da corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais, que diz:

> **1.** Cada parte deverá tomar todas as medidas necessárias ao estabelecimento de que, segundo suas leis, é delito criminal qualquer pessoa intencionalmente oferecer, prometer ou dar qualquer vantagem pecuniária indevida ou de outra natureza, seja diretamente ou por intermediários, a um funcionário público estrangeiro, para esse funcionário ou para terceiros, causando a ação ou a omissão do funcionário no desempenho de suas funções oficiais, com a finalidade de realizar ou dificultar transações ou obter outra vantagem ilícita na condução dos negócios internacionais.

1 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 1.045.

Tal como ocorre com o crime de corrupção ativa, tipificado no art. 333 do Código Penal, no delito de *corrupção ativa em transação comercial internacional* a conduta do agente é dirigida no sentido de determinar ao funcionário público estrangeiro a *praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional.* Quando o tipo penal em exame utiliza o verbo *determinar*, o faz não com um sentido impositivo, mas, sim, com a conotação de *convencimento*. Isso significa que o corruptor não necessariamente exige que o funcionário pratique qualquer dos comportamentos mencionados pelo tipo, mas, sim, que a sua conduta o convence, o estimula a praticá-los.

Portanto, a finalidade do comportamento do corruptor é fazer com que o funcionário público estrangeiro pratique, omita ou retarde ato, no exercício de suas funções, relacionado à transação comercial internacional. Como esclarece Cezar Roberto Bitencourt,

> "se o ato pretendido pelo sujeito passivo não se adequar ao rol daqueles que integram a atribuição do funcionário público estrangeiro corrompido, a conduta não se amolda ao descrito no tipo penal. Nada impede que referida conduta possa adequar-se a outro tipo penal, como, por exemplo, tráfico de influência.
>
> Não se tipifica essa infração penal se o sujeito ativo promete, oferece ou dá vantagem a funcionário público estrangeiro para livrar-se de *ato ilegal* por esse praticado, já que, sendo ilegal, não satisfaz a exigência do elemento normativo *ato de ofício*".[2]

Cuida-se de um tipo misto alternativo, em que a prática de mais de um comportamento típico importará no reconhecimento de uma única infração penal.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum no que diz respeito ao sujeito ativo e próprio quanto ao sujeito passivo; doloso; de forma livre, comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); instantâneo; monossubjetivo; unissubsistente ou plurissubsistente (dependendo, no caso concreto, da possibilidade ou não de fracionamento do *iter criminis*); transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *corrupção ativa em transação comercial internacional*, não exigindo o tipo penal em estudo nenhuma qualidade ou condição especial.

2 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 4, p. 505-506.

O sujeito passivo é o Estado, bem como a pessoa física ou jurídica prejudicada na transação comercial internacional.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo delito de *corrupção ativa* em *transação comercial internacional* e, mais especificamente, a Administração Pública estrangeira.

O objeto material do delito é a vantagem indevida.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Tratando-se de crime formal, o delito de *corrupção ativa em transação comercial internacional* se consuma no instante em que o agente *oferece* ou *promete* vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, com a finalidade de determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional. A consumação ocorre, portanto, no momento do oferecimento ou da promessa da vantagem indevida, não havendo necessidade, para efeitos de seu reconhecimento, que o funcionário público, efetivamente, venha a praticar, omitir ou retardar ato de ofício.

O delito restará consumado ainda que o funcionário público estrangeiro recuse a indevida vantagem econômica oferecida ou prometida pelo agente.

Com relação à conduta de *dar* vantagem indevida, a consumação ocorre quando da sua entrega ao funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, devendo ser entendido, nessa hipótese, como um crime material.

A tentativa será admissível desde que, na hipótese concreta, se possa fracionar o *iter criminis*, embora seja de difícil configuração no que diz respeito aos comportamentos de *prometer* e *oferecer*, e mais comum quanto à conduta de *dar* vantagem indevida.

A possibilidade de reconhecimento da tentativa encontra-se também prevista na segunda parte do item 2 do art. 1º da Convenção sobre o combate da corrupção de funcionários públicos estrangeiros em transações comerciais internacionais, que diz que a *tentativa e a conspiração para subornar um funcionário público estrangeiro serão delitos criminais na mesma medida em que o são a tentativa e a conspiração para corrupção de funcionário público daquela Parte.*

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *corrupção ativa em transação comercial internacional*, não havendo previsão, pois, para a modalidade de natureza culposa.

Assim, o agente deverá conhecer todos os elementos que integram a figura típica, pois, caso contrário, poderá ser arguido o erro de tipo, a exemplo da hipótese daquele que oferece uma vantagem indevida a alguém, desconhecendo sua qualidade de funcionário público estrangeiro.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos *prometer, oferecer* e *dar* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria, na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, nada fizer para evitar a prática do delito *sub examen*, devendo ser responsabilizado nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA

Em virtude do maior prejuízo causado à Administração Pública, o parágrafo único do art. 337-B do Código Penal diz que a pena é aumentada em um terço se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

9. PENA, AÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *corrupção ativa em transação comercial internacional* é de reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa.

A pena será aumentada de 1/3 (um terço) se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro retarda ou omite ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

CAPÍTULO 93

TRÁFICO DE INFLUÊNCIA EM TRANSAÇÃO COMERCIAL INTERNACIONAL

Tráfico de influência em transação comercial internacional

Art. 337-C. Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem ou promessa de vantagem a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público estrangeiro no exercício de suas funções, relacionado a transação comercial internacional:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A pena é aumentada da metade, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada a funcionário estrangeiro.

1. INTRODUÇÃO

Tal como ocorreu com o delito de *corrupção ativa em transação comercial internacional*, a Lei nº 10.467, de 11 de junho de 2002, especializou o delito de *tráfico de influência* criando a figura típica do *tráfico de influência em transação comercial internacional.*

Os núcleos da nova figura típica, vale dizer, *solicitar, exigir, cobrar ou obter*, são os mesmos constantes do art. 332 do Código Penal. No entanto, no art. 337-C do Código Penal foram inseridos os elementos *direta ou indiretamente, funcionário público estrangeiro* e *transação comercial internacional.*

Assim, de acordo com a redação do art. 337-C do Código Penal, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de *solicitar, exigir, cobrar* ou *obter*; b) para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem ou promessa de vantagem; c) a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público estrangeiro no exercício de suas funções, relacionado a transação comercial internacional.

Solicitar deve ser entendido no sentido de pedir; *exigir* significa impor, ordenar, determinar; *cobrar* é atuar no sentido de ser pago, de receber; *obter* importa em alcançar, conseguir.

Todos esses comportamentos devem ser dirigidos no sentido de que o agente obtenha, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem ou promessa de vantagem, que poderá ou não ter caráter econômico, podendo, também, tratar-se de uma prestação sexual, haja vista não haver qualquer limitação interpretativa para efeitos de seu reconhecimento. Como esclarece o dispositivo em estudo, não há necessidade que o agente tenha, efetivamente, recebido a vantagem por ele solicitada, exigida ou cobrada, bastando, tão somente, que o sujeito a tenha prometido.

Assevera o tipo penal em estudo que o agente pode solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, *direta* (ou seja, pessoalmente, sem intermediários, expondo claramente seu propósito criminoso) ou *indiretamente* (isto é, por interposta pessoa, podendo usar, valer-se de insinuações, agindo dissimuladamente etc.), vantagem ou promessa de vantagem, tratando-se, outrossim, de um delito de forma livre.

O sujeito atua, praticando qualquer dos comportamentos típicos, com a finalidade de obter vantagem ou promessa de vantagem de qualquer natureza, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público estrangeiro, no exercício de suas funções, relacionado a transação comercial internacional. A expressão *a pretexto de influir* demonstra que, na verdade, o agente age como verdadeiro estelionatário, procurando, por meio do seu ardil, enganar a vítima.

Dissertando a respeito do conceito de *transação comercial internacional*, esclare Noronha:

> "Citado vocábulo ('transação'), além de seu significado comum e primeiro que é de pacto, convenção ou ajuste, deve ser entendido em sua linguagem comercial que pode ser traduzida como 'negociar, operar ou fazer uma transação mercantil'. Foi usada pelo legislador em seu sentido de 'transacionar'. Logo, transação comercial internacional significa uma operação de natureza mercantil cujo pacto vai além-fronteiras".[1]

Cuida-se de um tipo misto alternativo, em que a prática de mais de um comportamento típico importará no reconhecimento de uma única infração penal.

1 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 329.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo, quanto ao sujeito passivo; doloso; de forma livre, comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); instantâneo; monossubjetivo; unissubsistente ou plurissubsistente (dependendo, no caso concreto, da possibilidade ou não de fracionamento do *iter criminis*); transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *tráfico de influência em transação comercial internacional*, não exigindo o tipo penal em estudo nenhuma qualidade ou condição especial, podendo, até mesmo, ser praticado por funcionário público.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como aquele que, de maneira secundária, foi prejudicado por um dos comportamentos praticados pelo sujeito ativo.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo delito de *tráfico de influência em transação comercial internacional* e, mais especificamente, a Administração Pública estrangeira.

O objeto material do delito é a vantagem perseguida pelo agente.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Consuma-se o delito no instante em que o agente, efetivamente, pratica qualquer um dos comportamentos previstos pelo tipo penal constante do art. 337-C do diploma repressivo.

Merece registro o fato de que não é preciso que o agente obtenha a vantagem ou mesmo a promessa de cumprimento da aludida vantagem, para efeitos de reconhecimento da consumação, pois as condutas de *solicitar*, *exigir* e *cobrar* demonstram tratar-se de um crime formal, de consumação antecipada, sendo que se a pessoa abordada, por exemplo, fizer a entrega de tal vantagem, isso deverá ser considerado como mero exaurimento do crime. Em sentido contrário, posiciona-se Noronha:

> "Dá-se a consumação no momento e no lugar em que o agente *obtém* a vantagem ou ela lhe é *prometida*, sendo indiferente à perfeição do delito a conduta posterior do agente, que, aliás, poderá transmudar o crime, na hipótese em que, por exemplo, ele resolve agir junto ao funcionário, corrompendo-o".[2]

2 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 327.

Dependendo da hipótese concreta, visualizando-se a possibilidade de fracionamento do *iter criminis*, será possível a tentativa. Quando os atos forem praticados de forma concentrada, em razão da sua natureza monossubsistente, ficará afastada a tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *tráfico de influência em transação comercial internacional*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Deverá a conduta, no entanto, ser dirigida finalisticamente no sentido de obter vantagem ou promessa de vantagem de qualquer natureza, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público estrangeiro no exercício de suas funções, relacionado a transação comercial internacional.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos *solicitar*, *exigir*, *cobrar* e *obter* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente.

No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria, na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, nada fizer para evitar a prática do delito *sub examen*, devendo ser responsabilizado nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA

A pena será aumentada da metade, conforme determina o parágrafo único do art. 337-C do Código Penal, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada a funcionário estrangeiro.

Assim, existe maior juízo de censura sobre o fato de o agente insinuar que, com a vantagem recebida, corromperá um funcionário público estrangeiro.

9. PENA E AÇÃO PENAL

A pena cominada ao delito de *tráfico de influência em transação comercial internacional* é de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

A pena será aumentada de metade, nos termos do parágrafo único do art. 337-C do Código Penal, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada a funcionário estrangeiro.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

CAPÍTULO 94

REINGRESSO DE ESTRANGEIRO EXPULSO

Reingresso de estrangeiro expulso

Art. 338. Reingressar no território nacional o estrangeiro que dele foi expulso:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, sem prejuízo de nova expulsão após o cumprimento da pena.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *reingresso de estrangeiro expulso*, previsto pelo art. 338 do Código Penal, encontra-se inserido no Capítulo III, que diz respeito aos crimes contra a administração da justiça, que, por sua vez, está localizado no Título XI da Parte Especial, que cuida dos crimes contra a Administração Pública.

De acordo com a redação do referido tipo penal, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de reingressar no território nacional; b) o estrangeiro que dele foi expulso.

O núcleo *reingressar* tem o sentido de ingressar novamente, voltar. Somente pode *reingressar* aquele que, em algum momento, tiver saído. Dessa forma, não se amolda à figura típica em estudo a conduta do estrangeiro que, expulso, se recusa a sair do nosso território.

O reingresso deve ser em *território nacional*, ou seja, em todo espaço (aéreo, marítimo ou terrestre) onde o Brasil exerce sua soberania. No entanto, vale a advertência feita por Damásio de Jesus, quando assevera que o delito em estudo cuida do fato do "estrangeiro reingressar em nosso território jurídico, alcançado pela nossa soberania, não abrangendo o chamado território por extensão (CP, art. 5º, § 1º). Assim, não constitui delito penetrar o estrangeiro expulso em navios ou aeronaves brasileiros de natureza militar ou navios particulares em alto-mar".[1]

1 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, v. 4, p. 244.

O conceito de estrangeiro deve ser encontrado por exclusão, ou seja, aquele que não gozar do *status* de brasileiro, seja ele nato ou naturalizado, nos termos do art. 12 da Constituição Federal, é que poderá ser considerado estrangeiro.

Os arts. 65 a 75 da Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, cuidam, especificamente, da expulsão do estrangeiro do Brasil. Diz o mencionado artigo:

> **Art. 65.** É passível de expulsão o estrangeiro que, de qualquer forma, atentar contra a segurança nacional, a ordem política ou social, a tranquilidade ou moralidade pública e a economia popular, ou cujo procedimento o torne nocivo à conveniência e aos interesses nacionais.
>
> **Parágrafo único.** É passível, também, de expulsão o estrangeiro que:
>
> a) praticar fraude a fim de obter a sua entrada ou permanência no Brasil;
>
> b) havendo entrado no território nacional com infração à lei, dele não se retirar no prazo que lhe for determinado para fazê-lo, não sendo aconselhável a deportação;
>
> c) entregar-se à vadiagem ou à medicância; ou
>
> d) desrespeitar proibição especialmente prevista em lei para estrangeiro.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime próprio, tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); permanente; de forma livre; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

De acordo com a redação típica, somente o *estrangeiro expulso* do território nacional é que poderá praticar o delito previsto pelo art. 338 do Código Penal, tratando-se, pois, de um crime próprio.

O *sujeito passivo* é o Estado.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *reingresso de estrangeiro expulso* ou, mais especificamente, a administração da justiça.

Não há objeto material.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando o estrangeiro expulso, efetivamente, reingressa em território nacional.

Tratando-se de crime plurissubsistente, torna-se possível o raciocínio correspondente à tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *reingresso de estrangeiro expulso*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Assim, aquele estrangeiro expulso, que é surpreendido em território brasileiro, acreditando que ainda se encontra nas terras de um país vizinho, não poderá responder pelo delito *sub examen*, tendo em vista a ausência de seu dolo, aplicando-se, aqui, o erro de tipo, haja vista ter o agente incorrido em erro no que diz respeito à elementar *território nacional*.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

A conduta de *reingressar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente.

No entanto, o delito poderá ser cometido via omissão imprópria, a exemplo do agente que, devendo e podendo impedir o reingresso de estrangeiro expulso, dolosamente, nada faz para evitar o seu reingresso ao território nacional, devendo, outrossim, ser responsabilizado nos termos preconizados pelo art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. PENA, AÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *reingresso de estrangeiro expulso* é de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, sem prejuízo de nova expulsão após o cumprimento da pena.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

9. DESTAQUE

9.1. Competência da Justiça Federal

Diz o art. 109, X, da Constituição Federal, *verbis*:

> **Art. 109.** Aos juízes federais compete processar e julgar:
>
> [...];
>
> X – os crimes de ingresso ou permanência irregular de estrangeiro, a execução de carta rogatória, após o exequatur, e de sentença estrangeira, após a homologação, as causas referentes à nacionalidade, inclusive a respectiva opção, e à naturalização;
>
> [...].

Capítulo 95
Denunciação Caluniosa

> **Denunciação caluniosa**
>
> **Art. 339.** Dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém, imputando-lhe crime de que o sabe inocente:
>
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.
>
> § 1º A pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto.
>
> § 2º A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *denunciação caluniosa* encontra-se tipificado no art. 339 do Código Penal. De acordo com a redação típica, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de dar causa à instauração; b) de investigação policial, processo judicial, investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa; c) contra alguém; d) imputando-lhe crime; e) de que o sabe inocente.

Dar causa à instauração é fazer com que seja iniciado, inaugurado. A conduta praticada pelo agente leva, portanto, à instauração de:

- *Investigação policial.* Existe controvérsia sobre o que venha a ser a investigação policial capaz de configurar a denunciação caluniosa. Hungria[1] posiciona-se no sentido de que uma simples investigação, mesmo que não revestida do formalismo do inquérito policial, já seria suficiente para efeitos de reconhecimento do delito tipificado no art. 339 do Código Penal. Portanto, aquelas investigações preliminares que são levadas a efeito pela autoridade policial, antes mesmo da instauração do inquérito policial, e

1 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 461.

que, em alguns lugares, são conhecidas por VPI, em virtude da expressão *verificada a procedência das informações*, constante do § 3º do art. 5º do Código de Processo Penal, poderiam fazer com que fosse reconhecida a denunciação caluniosa. Em sentido contrário, assevera Guilherme de Souza Nucci:

> "A *investigação policial*, referida no tipo penal, necessita ser o inquérito policial – que é procedimento administrativo de persecução penal do Estado, destinado à formação da convicção do órgão acusatório, instruindo a peça inaugural da ação penal –, não se podendo considerar os meros atos investigatórios isolados, conduzidos pela autoridade policial ou seus agentes, proporcionados pelo simples registro de uma ocorrência. Seria demais atribuir o delito de denunciação caluniosa a quem não conseguiu efetivamente o seu intento, vale dizer, a sua narrativa foi tão infundada que a autoridade policial, nos primeiros passos da investigação, prescindindo do inquérito, chegou à conclusão de se tratar de algo inadequado ou impossível".[2]

Apesar da força do raciocínio do renomado magistrado de São Paulo, entendemos que a razão se encontra com Hungria. Se, de alguma forma, com a sua denunciação caluniosa, o agente fez com que fosse deflagrado qualquer tipo de investigação, entendemos que o delito restará configurado, pois o agente, efetivamente, *deu causa à instauração* de investigação policial. Se a lei exigisse o inquérito policial, teria dito expressamente, principalmente após a modificação que ocorreu no art. 339 do Código Penal, introduzida pela Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000. Assim, com a devida *venia* das posições em contrário, a expressão *investigação policial* deve ser entendida em seu sentido amplo, não se restringindo à inauguração específica do inquérito policial.

- *Processo judicial.* Embora também exista controvérsia a respeito da natureza do aludido processo, vale dizer, se somente o *penal* estaria previsto no art. 339, ou se, além dele, poderíamos conceber também o de natureza *civil*, principalmente após a modificação ocorrida no *caput* do artigo em exame pela referida Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2.000, que incluiu a instauração de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade, não resta dúvida, agora, de que a expressão *processo judicial* abrange as duas grandes categorias – penal e civil –, uma vez que, se a mera instauração de um inquérito civil já tem o condão de caracterizar a infração penal em estudo, que dirá o ajuizamento de uma ação civil pública com base no suposto crime praticado pelo agente.

2 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 1.056.

- *Investigação administrativa.* Luiz Regis Prado esclarece que

> "o processo administrativo tem por escopo o controle da conduta dos agentes da Administração Pública e a solução das controvérsias dos administrados. Uma de suas modalidades é o processo punitivo, que é todo aquele movido pela Administração para imposição de penalidade por infração administrativa ao administrado, ao servidor ou a quem eventualmente esteja vinculado à Administração por uma relação especial de hierarquia, como os militares, os estudantes e os demais frequentadores de estabelecimentos públicos sujeitos circunstancialmente à sua disciplina. O processo administrativo disciplinar constitui o meio pelo qual são apuradas e punidas as faltas graves dos funcionários públicos e das demais pessoas sujeitas ao regime funcional da Administração Pública. Tem como pressuposto essencial a instauração da sindicância para investigação de irregularidades, denominada inquérito administrativo".[3]

Não se pode esquecer de que a instauração da investigação administrativa deve ter sido motivada, sempre, pela denunciação caluniosa de uma infração penal (crime ou contravenção) inexistente, ou, se existente, que não tenha sido praticada por aquele a quem é imputada.

- *Inquérito civil.* É aquele, de natureza inquisitiva, presidido pelo Ministério Público, que tem por finalidade investigar fatos ligados à proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, conforme o disposto no art. 129, III, da Constituição Federal, para que, se for o caso, sirva de sustentação ao oferecimento de uma ação civil pública. Relembra Hugo Nigro Mazilli:

> "O inquérito civil, inicialmente criado pela Lei nº 7.347/85, destinava-se à coleta, por parte do órgão do Ministério Público, dos elementos necessários à propositura da ação civil a ele cometida na área de proteção do meio ambiente, do consumidor e do patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico. Bem andou o legislador constitucional de 1988, ao prever a instauração de um inquérito civil mais amplo, que agora servirá à coleta de elementos para a propositura de qualquer ação civil da área de atuação ministerial. Com isso, possibilita-se o ajuizamento de ações mais bem aparelhadas e instruídas, sem falar que, no curso do inquérito, também se podem apurar, ao contrário, circunstâncias que demonstrem a desnecessidade da própria provocação jurisdicional, levando

3 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 4, p. 621.

> ao arquivamento do inquérito, o que em muito ajudará a desafogar os serviços judiciários, quando o acesso a ele não se faça mister".[4]

Aqui, tal como em todas as hipóteses constantes do *caput* do art. 339 do Código Penal, somente haverá a infração penal em exame se o agente vier a dar causa à instauração de inquérito civil pelo Ministério Público contra alguém, imputando-lhe crime ou contravenção (§ 2º do art. 339 do CP) de que o sabe inocente.

- *Ação de improbidade administrativa.* É aquela prevista na Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função da administração pública direta, indireta ou fundacional.

O agente, para que possa ser responsabilizado pela *denunciação caluniosa*, deve dar causa à instauração de investigação policial, de processo judicial, de investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa *contra alguém*, ou seja, deve imputar a uma *pessoa determinada* uma infração penal de que o sabe inocente. Se não houver uma pessoa determinada, o fato poderá se subsumir à hipótese constante do art. 340 do Código Penal, que prevê o delito de *comunicação falsa de crime ou de contravenção.*

Embora o *caput* do art. 339 do Código Penal mencione, expressamente, a imputação de um crime, o § 2º do mesmo artigo amplia a denunciação caluniosa para a hipótese de imputação de contravenção, com a diferença de que, neste último caso, a pena aplicada ao agente será diminuída de metade.

A denunciação caluniosa pode ocorrer quando a infração penal atribuída a alguém nunca tiver existido, bem como quando, embora existente a infração penal, a pessoa a quem o agente imputa a sua prática não for o seu autor.

Finalmente, o agente deve saber que imputa um delito inexistente, ou mesmo aquele que efetivamente ocorreu, a alguém que *sabe ser inocente*. O agente deve ter, portanto, a certeza da inocência daquele a quem acusa ter praticado a infração penal. Se houver dúvida, o delito restará afastado.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); instantâneo; de forma livre; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte.

4 MAZILLI, Hugo Nigro. *Manual do promotor de justiça*, p. 114-115.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *denunciação caluniosa*, haja vista que o tipo do art. 339 do Código Penal não exige nenhuma qualidade ou condição especial.

O sujeito passivo é o Estado, bem como aquele que ficou prejudicado com o comportamento praticado pelo sujeito ativo.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *denunciação caluniosa* ou, mais especificamente, a administração da justiça.

O objeto material é a pessoa que foi vítima da imputação falsa de crime.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito restará consumado com a instauração da investigação policial, do processo judicial, da investigação administrativa, do inquérito civil ou da ação de improbidade administrativa.

Tratando-se de crime plurissubsistente, torna-se possível o reconhecimento da tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa. Na verdade, o delito somente poderá ser praticado com *dolo direto*, conforme se extrai da expressão *de que o sabe inocente.* Hungria ainda esclarece:

> "não é suficiente, aqui, o dolo eventual, isto é, não basta que o agente proceda da *dúvida* de ser, ou não, verdadeira a acusação: é necessária a *certeza moral* da inocência do acusado. A assunção do risco de ser falsa a acusação não pode ser identificada com a certeza de tal falsidade. Seria, aliás, impolítico decidir-se de outro modo, pois, então, as próprias *suspeitas fundadas* se calariam".[5]

Assim, o agente deverá ter conhecimento de todos os elementos que integram a figura típica, pois, caso contrário, poderá ser arguido o erro de tipo, a exemplo daquele que leva ao conhecimento da autoridade policial a notícia de um crime que, segundo imaginava, havia realmente acontecido e sido praticado pelo sujeito por ele indicado.

Nesse caso, como o agente erra sobre a elementar *de que o sabe inocente*, o seu dolo restará afastado e, consequentemente, a própria infração penal.

5 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 463.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

A expressão *dar causa* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria na hipótese em que o garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para evitá-lo, devendo responder, também, pela *denunciação caluniosa*, nos termos preconizados pelo art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA

Nos termos do § 1º do art. 339 do Código Penal, a pena é aumentada de sexta parte, se o agente se serve de anonimato ou de nome suposto. Na primeira hipótese, o agente não se identifica; na segunda, utiliza um nome fictício como subterfúgio para não ser reconhecido.

Há um maior juízo de censura sobre o comportamento praticado pelo agente, em virtude da dificuldade na apuração do autor da denunciação caluniosa.

9. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA

Determina o § 2º do art. 339 do Código Penal que a pena é diminuída de metade se a imputação é de prática de contravenção, ou seja, aquela infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente, conforme o disposto no art. 1º do Decreto-Lei nº 3.914, de 9 de dezembro de 1941 (Lei de Introdução ao Código Penal) e na Lei das Contravenções Penais.

10. PENA E AÇÃO PENAL

A pena cominada ao delito de *denunciação caluniosa* é de reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

A pena é aumentada de sexta parte, nos termos do § 1º do art. 339 do Código Penal, se o agente se serve do anonimato ou de nome suposto.

A pena é diminuída de metade, se a imputação é de prática de contravenção, conforme o disposto no § 2º do citado artigo.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

11. DESTAQUES

11.1. Autodefesa em inquérito ou processo judicial

Imagine a hipótese em que alguém esteja sendo processado pela prática de determinada infração penal e, querendo livrar-se da acusação, imputa a alguém, sabidamente inocente, o delito que ele próprio havia cometido. Nesse caso, tendo o agente movimentado a estrutura policial, no sentido de apurar os

fatos falsos por ele narrados, poderia ser responsabilizado pela denunciação caluniosa? Tem-se entendido que não, uma vez que o agente, mesmo imputando a alguém um crime de que o sabia inocente, se encontrava no exercício de seu direito de defesa.

Nossos Tribunais tem decidido reiteradamente:

> "Inexiste o crime de denunciação caluniosa quando a falsa acusação é feita por um réu, em sua defesa, no curso do interrogatório do processo-crime ou do inquérito policial" (TJSP – AC – Rel. Xavier Honrich, *RT* 504/337).

11.2. Dolo subsequente e denunciação caluniosa

Pode ocorrer, ainda, a hipótese em que o agente, ao levar a efeito a denunciação, acredite, realmente, que a pessoa por ele apontada seja a autora da infração penal, no entanto, após o início das investigações, vem a tomar conhecimento da sua inocência. Nesse caso, se o agente se cala, ou seja, se não atua no sentido de levar esse fato ao conhecimento da autoridade encarregada da investigação, poderia ser responsabilizado pela denunciação caluniosa em virtude do seu dolo subsequente? Fragoso, citando Carrara, responde a essa indagação dizendo que não basta:

> "O dolo superveniente (apresentação de queixa de boa fé e posterior verificação da inocência do acusado), mesmo que o agente se cale e não esclareça o seu equívoco, pois o crime não pode ser praticado por omissão".[6]

Apesar da autoridade do renomado autor, ousamos dele discordar. Isso porque, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal, podemos entender que o agente, ao imputar a alguém a prática de um crime, que depois vem a saber ser inocente, cria para si a responsabilidade de impedir o resultado que, nesse caso, seria a sua condenação por um delito que não cometeu. Caso não atue, segundo nosso raciocínio, poderá ser responsabilizado pelo delito de denunciação caluniosa, via omissão imprópria, dada sua posição de garantidor.

11.3. Denunciação de crime cuja punibilidade já se encontrava extinta

O fato de o agente dar causa à instauração, por exemplo, de um inquérito policial cuja punibilidade da infração penal a ser apurada já se encontrava extinta, não importa no reconhecimento do delito de denunciação caluniosa. Ao agente não compete saber, por exemplo, se ocorreu, no caso concreto, qualquer hipótese que pudesse conduzir à extinção da punibilidade, bastando que o fato narrado seja verdadeiro e que a pessoa a quem ele imputa a sua prática seja, pelo menos em tese, a autora do delito.

6 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*, v. 2, p. 505.

O mesmo raciocínio se aplica quando estivermos diante de causas que afastem a ilicitude ou, mesmo, a culpabilidade, a exemplo daquele que informa à autoridade policial a morte violenta de uma pessoa, imputando o delito de homicídio a alguém que teria agido em legítima defesa.

CAPÍTULO 96

COMUNICAÇÃO FALSA DE CRIME OU DE CONTRAVENÇÃO

Comunicação falsa de crime ou de contravenção

Art. 340. Provocar a ação de autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime ou de contravenção que sabe não se ter verificado:

Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *comunicação falsa de crime ou de contravenção* encontra-se tipificado no art. 340 do Código Penal, cujos elementos são os seguintes: a) a conduta de *provocar* ação de autoridade; b) comunicando-lhe a ocorrência de crime ou de contravenção; c) que sabe não se ter verificado.

O núcleo *provocar* deve ser entendido no sentido de dar causa, promover, ensejar. A *autoridade* deve ser aquela encarregada da persecução penal em sentido amplo, aqui abrangida a autoridade policial, judiciária, bem como o Ministério Público.

Não há necessidade de que tenha sido formalizado inquérito policial, ou mesmo que tenha sido oferecida denúncia em juízo, pois o tipo penal faz referência tão somente à *ação*, ou seja, qualquer comportamento praticado pela autoridade destinado a apurar a ocorrência do crime ou da contravenção penal, falsamente comunicado(a). Por isso, estamos com Guilherme de Souza Nucci quando esclarece:

> "Diversamente do disposto no artigo antecedente, neste tipo penal fala-se em *ação* de autoridade, e não em *investigação* policial ou *processo* judicial. Podem o delegado (registrando um boletim de ocorrência), o promotor e o juiz (requisitando a instauração de inquérito policial) tomar atitudes em busca da descoberta ou investigação do inquérito ou do oferecimento

> ou recebimento da denúncia. É suficiente para a concretização do delito de *comunicação falsa de crime ou de contravenção* fazer com que a autoridade aja sem qualquer motivo, perdendo tempo e comprometendo a administração da justiça, uma vez que deixa de atuar em casos verdadeiramente importantes".[1]

O agente comunica, portanto, à autoridade a ocorrência de um crime ou de uma contravenção penal que não ocorreu, fazendo com que o Estado pratique, em vão, qualquer ação no sentido de elucidar os fatos. Essa comunicação pode ser verbal, escrita, ou até mesmo produzida anonimamente. A falsa infração penal comunicada poderá, ainda, ser dolosa, culposa, consumada, tentada etc. Também poderá haver a imputação da prática de uma infração penal a uma pessoa fictícia, imaginária; na hipótese de ser verdadeira a pessoa e falso o delito que se lhe imputa, o fato poderá ser entendido como *denunciação caluniosa*.

Deverá, ainda, o agente, ter a certeza de que o crime ou a contravenção comunicado(a) à autoridade não se verificou, pois, se houver dúvida quanto à sua existência, não se poderá cogitar da infração penal em estudo. Assim, imagine-se a hipótese daquele que, supondo-se vítima de um crime de furto, provoque a ação da autoridade, sendo que, mais tarde, vem a descobrir que havia esquecido, por exemplo, sua carteira no paletó de seu terno que se encontrava guardado no armário. Dessa forma, deve atuar com dolo direto.

Não haverá o delito, por exemplo, se o agente comunica à autoridade policial a existência de um roubo quando, na realidade, ocorreu um furto, pois que essencialmente idênticos. Não se exige de qualquer pessoa um conhecimento técnico a ponto de fazer com que seja responsabilizada por uma capitulação equivocada da infração penal praticada, mas que, na sua essência, diz respeito àquela efetivamente cometida. Se o fato apontado for essencialmente diferente, haverá crime.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum no que diz respeito ao sujeito ativo e próprio quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); instantâneo; de forma livre; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte (dependendo dos atos praticados pela autoridade, poderá ser considerado não transeunte).

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *comunicação falsa de crime ou de contravenção*, não exigindo o tipo penal em estudo qualquer qualidade ou condição especial.

O *sujeito passivo* é o Estado.

1 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 1.062.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *comunicação falsa de crime ou de contravenção* ou, mais especificamente, a administração da justiça.

Não há objeto material.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Entendemos que o delito se consuma não com a mera *provocação*, mas sim quando a autoridade, efetivamente, pratica alguma *ação* no sentido de apurar o cometimento do crime ou da contravenção que lhe foi falsamente comunicado(a) pelo agente.

Tratando-se de crime plurissubsistente, será possível o reconhecimento da tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo (direto) é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal *sub examen*, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Assim, o agente deverá ter conhecimento de todos os elementos que integram a figura típica, pois, caso contrário, poderá ser arguido o erro de tipo, a exemplo daquele que provoca a ação da autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime que acreditava ser verdadeira.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo *provocar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser cometido via omissão imprópria, a exemplo do agente que, devendo e podendo impedir a conduta daquele que provoca a ação de autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime ou de contravenção que sabe não se ter verificado, nada faz para evitar o resultado, razão pela qual deverá ser responsabilizado nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *comunicação falsa de crime ou de contravenção* é de detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, ou multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito em estudo, em virtude da pena máxima cominada em

abstrato, que não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível, também, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

9. DESTAQUE

9.1. Comunicação falsa de crime com a finalidade de fraudar o seguro

Se o agente provoca ação de autoridade, comunicando falsamente a ocorrência, por exemplo, de um crime, com a finalidade de fraudar o seguro, haveria concurso entre as infrações previstas nos arts. 340 e 171, § 2º, V, do Código Penal? Entendemos que não, haja vista ter sido a comunicação falsa um crime-meio para a prática do delito-fim, que é o estelionato.

Em sentido contrário, posiciona-se Noronha, afirmando serem distintos os sujeitos passivos:

> "O Estado e a companhia de seguro; diverso o elemento subjetivo – fim de provocar a ação da autoridade e fim de lucro. Além disso, atente-se a que a *falsa comunicação à autoridade não é elemento do tipo* da fraude para recebimento de indenização ou valor do seguro, que pode muito bem ocorrer sem ela."[2]

2 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 375.

CAPÍTULO 97

AUTOACUSAÇÃO FALSA

Autoacusação falsa

Art. 341. Acusar-se, perante a autoridade, de crime inexistente ou praticado por outrem:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *autoacusação falsa* encontra moldura no art. 341 do Código Penal. Embora não muito comum, são diversos os motivos que podem levar alguém a se autoacusar falsamente: *razões de natureza pecuniária, mercenária*, a exemplo daquele que recebe alguma vantagem para assumir um crime praticado por outra pessoa; *espírito de sacrifício*, quando um pai, por exemplo, diz ser o autor do crime cometido por seu filho; *álibi*, quando o agente, na verdade, quer se livrar das consequências de uma infração penal mais grave e, para isso, se autoimputa outra, menos grave, que, segundo o agente, aconteceu no mesmo dia e hora, só que em local muito distante do crime verdadeiro; *exibicionismo*, quando o agente quer ganhar reputação perante a bandidagem etc.

Para evitar esse tipo de comportamento, que atinge, diretamente, a administração da justiça, foi criado o delito tipificado no art. 341 do Código Penal, do qual podemos destacar os seguintes elementos: a) a conduta de se acusar; b) perante autoridade; c) de crime inexistente; d) ou praticado por outrem.

Quando a lei usa a expressão *acusar-se*, significa que o próprio agente atribui falsamente a si mesmo a prática de um crime que não existiu ou que foi praticado por outrem. Se alguém, falsamente, atribui a outra pessoa um desses fatos, o delito será o de *denunciação caluniosa*.

Essa autoacusação deverá ser levada a efeito perante a *autoridade*. Na verdade, não é qualquer autoridade, mas, sim, aquela que tem os poderes necessários para verificar a existência do crime, vale dizer, as autoridades

policial e judiciária, bem como o Ministério Público, pois cuida-se de um crime contra a administração da justiça. Se o agente, por exemplo, atribui, falsamente, a si mesmo a prática de um crime perante um prefeito municipal, entendemos que não haverá o delito em exame. Em sentido contrário, posiciona-se Luiz Regis Prado, quando diz que é imprescindível "que a autoacusação se realize perante autoridade – policial, judicial ou administrativa, desde que esta última tenha o dever de levar o fato ao conhecimento da autoridade competente".[1]

A autoacusação diz respeito à prática de um crime inexistente, ficando afastado o delito, portanto, quando o agente se autoatribui o cometimento de uma contravenção penal.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, no que diz respeito ao sujeito ativo e próprio quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); instantâneo; de forma livre; monossubjetivo; monossubsistente ou plurissubsistente (pois o delito pode ser praticado de diversas formas – verbal, escrita etc.); transeunte (dependendo da forma como o delito é praticado, haverá possibilidade de realização de perícia, passando, então, a ser considerado não transeunte).

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito em estudo, haja vista que o tipo constante do art. 341 do Código Penal não exige nenhuma qualidade ou condição especial.

Deve ser ressaltado, no entanto, que o autor, ou mesmo o partícipe do crime efetivamente cometido, não pode praticar a infração penal tipificada no mencionado art. 341, pois são elementares do tipo a autoacusação de *crime inexistente* ou *praticado por outrem*. Se o agente, no entanto, praticou o delito, o que faz, na verdade, é confessá-lo perante a autoridade, como é cediço, não se autoacusar falsamente, já que o fato é verdadeiro.

O *sujeito passivo* é o Estado.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *autoacusação falsa* ou, mais especificamente, a administração da justiça.

Não há objeto material.

1 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 4, p 641.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma no momento em que a autoacusação falsa é levada ao conhecimento da autoridade competente, independentemente de que esta última tenha tomado qualquer providência no sentido de apurar os fatos.

Dependendo da forma como o delito for praticado (escrita, verbal etc.), será possível ou não o reconhecimento da tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de autoacusação falsa, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

O agente, portanto, para que atue com o necessário elemento subjetivo, deve ter conhecimento de que o crime cuja prática imputa a si mesmo inexistiu ou que foi cometido por outra pessoa. Se o agente, por erro, acredita que praticou uma infração penal que, na verdade, nunca existiu, o fato será atípico, por ausência de dolo, em virtude da ocorrência do erro de tipo.

Assim, imagine-se a hipótese daquele a quem, após embriagar-se em uma festa, é entregue uma arma contendo balas de festim. Estimulado a testá-la, o agente efetua o disparo. Logo em seguida, escuta gritos de socorro, dando a entender que alguém havia sido atingido e morto em razão do disparo. Tudo, na verdade, não passava de uma "pegadinha". O agente, desesperado, foge da festa. No dia seguinte, antes mesmo que alguém lhe contasse a verdade sobre o que havia ocorrido, o agente, com a consciência ardendo, vai à procura da autoridade policial e confessa o suposto "homicídio". Para o agente, o crime existiu, errando, pois, sobre uma elementar constante do tipo penal em exame, afastando-se o dolo e, consequentemente, a própria infração penal.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

A conduta de *se acusar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente.

8. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *autoacusação falsa* é de detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito em estudo, em virtude da pena máxima cominada em abstrato, que não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível, também, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

CAPÍTULO 98

FALSO TESTEMUNHO OU FALSA PERÍCIA

Falso testemunho ou falsa perícia

Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade, como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

§ 1º As penas aumentam-se de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta.

§ 2º O fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade.

1. INTRODUÇÃO

Para que alguém possa ser condenado, absolvido, ter a sua pretensão atendida pela justiça ou mesmo rejeitada, receber uma sanção de natureza administrativa etc., é preciso que existam provas.

Aquele que julga deve se valer do conjunto probatório para formar o seu convencimento e motivar a sua decisão. Por isso é que o inciso IX do art. 93 da Constituição Federal, de acordo com a nova redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, diz que *todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.* Da mesma forma, o inciso X, também com nova redação dada pela mencionada emenda, assevera que *as decisões administrativas*

dos tribunais serão motivadas e em sessão pública, sendo as disciplinares tomadas pelo voto da maioria absoluta de seus membros.

A prova, portanto, deve ser o fundamento da decisão. Sem prova não há como acolher qualquer pretensão trazida a juízo ou mesmo à Administração Pública, em sentido amplo.

São várias as provas de que o julgador poderá se valer para motivar sua decisão, sendo que tanto o Código de Processo Penal quanto o Código de Processo Civil cuidam especificamente do tema. Dentre elas, a prova testemunhal pode ser considerada como uma das mais antigas. Sempre houve preocupação com os depoimentos prestados pelas testemunhas, principalmente porque cada uma delas interpreta o fato de acordo com a sua visão. Em muitos casos, somente haverá prova testemunhal. Muitos podem ser condenados pelos depoimentos de outras pessoas. A importância da prova testemunhal pode ser verificada, ainda, na própria Palavra de Deus, sendo que um dos dez mandamentos, constante do Livro de Êxodo, Capítulo 20, versículo 16, assevera: *Não dirás falso testemunho contra o teu próximo.*

O Código Penal, com a finalidade de preservar a busca da verdade, previu em seu art. 342 o delito de *falso testemunho ou falsa perícia*. Assim, de acordo com a nova redação determinada pela Lei nº 10.268, de 28 de agosto de 2001, podemos destacar os seguintes elementos constantes do *caput* da mencionada figura típica: a) a conduta de fazer afirmação falsa, ou negar, ou calar a verdade; b) como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete; c) em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral.

A conduta prevista pelo tipo penal em estudo diz respeito ao fato de *fazer afirmação falsa*, isto é, que não condiz com a realidade, mentindo sobre determinado fato, *negar* um fato que ocorreu, não reconhecendo a sua veracidade, ou mesmo se *calar*, impedindo, com o seu silêncio, que os fatos cheguem ao conhecimento daquele que irá proferir o julgamento. Assevera Hungria:

> "Na primeira hipótese, temos a falsidade *positiva*, consistente na asseveração de um fato mentiroso; na segunda, a falsidade *negativa*, consistente na negação de um fato verdadeiro; na terceira, a *reticência*, isto é, o silêncio acerca do que se sabe ou a recusa em manifestá-lo (ocultação da verdade)".[1]

O *caput* do art. 342 do Código Penal aponta aqueles que serão considerados sujeitos ativos do delito e que poderão praticar um dos comportamentos anteriormente narrados. São eles: a testemunha, o perito, o contador, o tradutor e o intérprete.

1 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 475.

A palavra *testemunha*, conforme esclarece Marco Antonio de Barros,

> "vem de *testibus*, do latim *testimonium* (testemunho, depoimento), e que na linguagem jurídica significa a pessoa que 'atesta a veracidade de um ato', ou que presta esclarecimentos acerca de fatos que lhe são perguntados, afirmando ou negando-os. Bem por isso o termo testemunha não assinala simplesmente a pessoa que afirma, ou que nega um fato, cuja prova se pretende estabelecer; mas, ainda aquela que certifica, atesta, ou é presente à feitura de um ato jurídico, a fim de autenticá-lo ou posteriormente confirmá-lo.

Com certa frequência, encontra-se nas obras de processo a palavra acrescida de um adjetivo, que permite ao escritor apresentar a classificação distinguindo as testemunhas da seguinte forma: 'diretas' – as que depõem sobre fatos que assistiram; 'indiretas'- as que depõem sobre fatos que sabem por ouvir dizer; 'próprias' – as que depõem sobre fatos objeto do processo, cuja existência conhecem por ciência própria ou por ouvir dizer; 'impróprias' ou 'instrumentárias' – as que depõem sobre atos do inquérito policial ou do processo a que estiveram presentes; 'referidas' – as terceiras pessoas indicadas no depoimento de outras testemunhas; 'numerárias' – as indicadas pelas partes, conforme o número máximo permitido".[2]

Perito é o especialista, o *expert* em determinado assunto. Sua função é elaborar um laudo, no qual deixará consignadas suas conclusões, por meio de um parecer técnico.

O *contador*, que foi inserido no art. 342 do Código Penal pela Lei nº 10.268, de 28 de agosto de 2001, é o especialista em cálculos.

Tradutor é aquele cujo trabalho é transcrever de uma língua para outra.

Intérprete é aquele que serve de intermediário para fazer compreender indivíduos que falam idiomas diferentes.

Percebe-se, portanto, que, de um lado, temos o crime de *falso testemunho* e, de outro, o de *falsa perícia*. Na verdade, a qualidade de perito seria o gênero, de onde seriam suas espécies o perito (em sentido estrito, abrangendo, aqui todas as perícias que não dissessem respeito à contabilidade, tradução e interpretação), bem como o contador, o tradutor e o intérprete.

A conduta prevista pelo tipo penal deve ser levada a efeito em *processo judicial, ou administrativo, inquérito policial* ou em *juízo arbitral. Processo judicial* é aquele cuja tramitação ocorre em juízo (cível ou criminal), competindo sua direção a um Juiz de Direito; *processo administrativo* diz respeito a todo aquele que ocorre no âmbito da Administração Pública, que não tenha cunho judicial; o *inquérito policial* é presidido pelo delegado de polícia, que tem por

2 BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*, p. 190-191.

finalidade produzir as provas necessárias a fim de justificar o oferecimento da denúncia, permitindo, assim, o início da *persecutio criminis in judicio; juízo arbitral* é aquele capaz de dirimir extrajudicialmente os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, nos termos constantes da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que dispõe sobre a arbitragem.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime de mão própria; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal), ou omissivo próprio (na hipótese em que o agente, por exemplo, se cala sobre a verdade); instantâneo; de forma livre; monossubjetivo; monossubsistente; não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

O *sujeitos ativos* do delito tipificado no art. 342 do Código Penal são a testemunha, o perito, o contador, o tradutor e o intérprete.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como aquele que foi prejudicado com o comportamento levado a efeito pelo sujeito ativo.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *falso testemunho ou falsa perícia* ou, mais especificamente, a administração da justiça.

O objeto material é a declaração, bem como o laudo falso.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito de falso testemunho se consuma no momento em que o juiz encerra o depoimento, sendo o momento consumativo da falsa perícia, como adverte Luiz Regis Prado, o da

> "entrega do laudo pericial, da tradução, ou com a realização da interpretação falsa. Faz-se mister que o depoimento seja efetivamente concluído – reduzido a termo e devidamente assinado (art. 216, CPP). Até então, pode ele ser retificado ou alterado pelo depoente, o que poderá impedir a consumação da falsidade. Note-se, ainda, que somente o depoimento findo pode pôr em perigo o bem jurídico protegido, vale dizer, pode ser utilizado pela autoridade como meio de prova".[3]

3 PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro*, v. 4, p. 659-660.

Não há necessidade, para efeito de reconhecimento do delito de falso testemunho, de que o julgador tenha se valido do depoimento falso em sua decisão, bastando, tão somente, a comprovação da falsidade. Nesse sentido, tem entendido o Supremo Tribunal Federal que "o crime de falso testemunho é de natureza formal e se consuma com a simples prestação do depoimento falso, sendo de todo irrelevante se influiu ou não no desfecho do processo" (*HC* 81951-SP, 1ª Turma, Rel. Ministra Ellen Grace, publicado no *DJ* em 30/4/2004).

Embora haja divergência, a maioria da doutrina não admite a tentativa na infração penal em exame, posição com a qual concordamos.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo do art. 342 do Código Penal, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

O agente, portanto, deverá ter o conhecimento de que os fatos sobre os quais presta depoimento, por exemplo, são falsos, pois, caso contrário, não poderá ser responsabilizado pelo delito em estudo, em virtude da existência do erro de tipo, pois, como adverte Hungria, "falso é o depoimento que não está em correspondência qualitativa ou quantitativa com o que a testemunha viu, percebeu ou ouviu".[4]

Às vezes, aquilo que, à primeira vista, poderia se configurar em um delito de falso testemunho pode não sê-lo para aquele que presta o depoimento, pois a sua forma de enxergar os fatos pode ter sido diferente das demais pessoas que, por exemplo, prestaram seus depoimentos nos autos, uma vez que, um fato, tal como uma pintura, pode ser interpretado e explicado de várias formas, sendo todas verdadeiras.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O delito de falso testemunho ou falsa perícia pode ser praticado tanto comissiva quanto omissivamente, dependendo do comportamento levado a efeito pelo agente.

Assim, por exemplo, comete o delito comissivamente o agente que faz uma afirmação falsa; ao contrário, poderá ser entendida como omissão própria o fato de calar a verdade.

8. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA

Diz o § 1º do art. 342 do Código Penal, com a redação determinada pela Lei nº 10.268, de 28 de agosto de 2001, *verbis*:

> § 1º As penas aumentam-se de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), se o crime é praticado mediante suborno ou se

4 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 476.

> cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração púbica direta ou indireta.

De acordo com o mencionado parágrafo, existe maior juízo de censura, de reprovabilidade, sobre o comportamento da testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete que se deixa subornar e pratica, efetivamente, o delito previsto pelo art. 342 do Código Penal. Seguindo as lições de Hungria, interfere o suborno quando a testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete

> "pratica a falsidade mediante paga ou recompensa (em dinheiro ou outra utilidade) ou promessa de paga ou recompensa. A condição de maior punibilidade pressupõe a efetiva prestação do testemunho falso ou falsa perícia. Cumpre notar que se o perito, tradutor ou intérprete é *oficial*, isto é, pessoa exercente de específico cargo público (e não pessoa nomeada *ad hoc* pela autoridade que preside ao processo), o crime a reconhecer será o do art. 317".[5]

Vale ressaltar que, na hipótese de ter sido dado, oferecido ou prometido dinheiro ou qualquer outra vantagem de natureza econômica a testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade em depoimento, perícia, cálculos, tradução ou interpretação, haverá uma quebra da teoria monista, devendo aquele que praticou qualquer dos comportamentos anteriormente narrados responder pelo delito tipificado no art. 343 do Código Penal, enquanto a testemunha deverá ser responsabilizada pelo delito previsto no art. 342 do Código Penal.

A segunda majorante, constante do § 1º do art. 342 do Código Penal, diz respeito ao fato de o falso testemunho ou de a falsa perícia ser praticado(a) para a constituição de prova destinada a produzir efeito em *processo penal*. A expressão *com o fim de* poderia nos induzir a concluir pela possibilidade de aplicação da majorante mesmo que o falso tivesse sido praticado nos autos de um inquérito policial, mas com a finalidade de produzir efeito em processo penal.

No entanto, estamos com Guilherme de Souza Nucci, quando preleciona:

> "Não está correta, com a devida vênia, a doutrina que apregoa estar o inquérito policial abrangido nesta figura com pena particularmente aumentada – que, antes da Lei nº 10.268/2001, era qualificadora [...]. Afinal, o *caput* do artigo já inclui, expressamente, o inquérito policial, não podendo, naturalmente, a figura prevista no § 1º, que contém

5 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 488.

> causa de aumento de pena, abrangê-lo novamente. Seria um despropósito. Afinal, indagar-se-ia, se o falso é cometido no inquérito policial – que se destina, unicamente, a servir de preparo para o processo penal – responde o agente pela figura simples do *caput* ou pela específica do parágrafo? Obviamente, por exclusão e dentro da lógica, ao inquérito policial, constituindo mero procedimento administrativo, reserva-se o falso testemunho simples (*caput*), enquanto que, para o processo judicial penal aplica-se a figura específica do § 1º".[6]

Também importará na aplicação da causa especial de aumento de pena quando o falso for praticado em processo civil, em que for parte entidade da Administração Pública direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) e indireta (autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas).

9. RETRATAÇÃO

O § 2º do art. 342 do Código Penal, com a redação determinada pela Lei nº 10.268, de 28 de agosto de 2001, assevera que *o fato deixa de ser punível se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade.*

Com essa redação, ficou claro o lugar onde deverá ser levada a efeito a retratação, vale dizer, no processo no qual foi prestado o falso testemunho ou a falsa perícia, e não naquele em virtude do qual o agente está, por exemplo, sendo acusado da prática do delito, o que, neste último caso, importa em mera confissão, e não em retratação.

Assim, como diz o mencionado parágrafo, a retratação deverá ser levada a efeito no processo em que o falso foi cometido, sempre antes da prolação da sentença, após o que já não mais será possível a retratação, mesmo que tal fato seja levado em consideração para efeito de modificação da decisão por meio de recurso ao Tribunal competente para sua apreciação, podendo, no entanto, ser beneficiado com a aplicação da circunstância atenuante prevista no art. 65, III, *b*, do Código Penal.

Quando a lei menciona sentença, o faz em sentido amplo, podendo tanto ser a proferida pelo juízo de primeiro grau quanto pelo colegiado, oportunidade em que será reconhecida como *acórdão*. Assim, nos processos de competência originária dos Tribunais, a retratação deverá ser levada a efeito antes da prolação do acórdão.

6 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 1.073-1.074.

10. PENA, AÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *falso testemunho ou falsa perícia* é de reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

As penas aumentam-se de um sexto a um terço, nos termos do § 1º do art. 342 do Código Penal, se o crime é praticado mediante suborno ou se cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal, ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta.

O fato deixa de ser punível, de acordo com o § 2º do art. 342 do Código Penal, se, antes da sentença no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível, também, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, desde que não incida a majorante prevista no § 1º do art. 342 do Código Penal.

11. DESTAQUES

11.1. Compromisso de dizer a verdade

Não é nova a discussão no sentido de se o compromisso de dizer a verdade seria essencial ao reconhecimento do delito de falso testemunho. O art. 261 do Código Penal de 1890 o exigia expressamente ao dizer:

> **Art. 261.** Asseverar em juízo, como testemunha, sob juramento ou affirmação, qualquer que seja o estado da causa e a natureza do processo, uma falsidade; ou negar a verdade, no todo ou em parte, sobre circumstancias essenciaes do facto a respeito do qual depuser (redação original).

Essa orientação não se repetiu, não sendo mais o juramento elemento integrante do delito de falso testemunho. No entanto, mesmo que não conste a necessidade do compromisso de dizer a verdade, poderíamos entendê-lo como uma condição necessária ao reconhecimento do delito de falso testemunho? A resposta só pode ser negativa.

Tendo ou não sido levado a efeito o compromisso, a testemunha, ao contrário do acusado, quando comparece em juízo, tem o dever de dizer a verdade. O compromisso, na verdade, se transformou numa solenidade, a fim de alertar a testemunha sobre as consequências de suas declarações, conforme se verifica na redação constante do art. 203 do Código de Processo Penal:

> **Art. 203.** A testemunha fará, sob palavra de honra, a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado, devendo declarar seu nome, sua idade, seu estado e sua residência, sua profissão, lugar onde exerce sua atividade, se é parente, e em que grau, de alguma das partes, ou quais suas relações com qualquer delas, e relatar o que souber, explicando sempre as razões de sua ciência ou as circunstâncias pelas quais possa avaliar-se de sua credibilidade.

À primeira vista, poderia parecer ser essencial o compromisso, ou seja, *a promessa de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado*, principalmente por causa do art. 208 do mesmo diploma processual, que diz:

> **Art. 208.** Não se deferirá o compromisso a que alude o art. 203 aos doentes e deficientes mentais e aos menores de 14 (quatorze) anos, nem às pessoas a que se refere o art. 206.

Os arts. 206 e 207, a seu turno, esclarecem:

> **Art. 206.** A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.
>
> **Art. 207.** São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho.

Devemos, nos casos citados pelos arts. 206, 207 e 208 do Código de Processo Penal, fazer uma distinção importante: uma coisa é poder a testemunha, em razão de determinadas circunstâncias, recusar-se a depor; outra coisa, bem diferente, é a testemunha que comparece em juízo e presta um depoimento falso, mesmo não tendo sido tomado o seu compromisso. Como este não é elementar do delito tipificado no art. 342 do Código Penal, a outra conclusão não podemos chegar a não ser pelo reconhecimento do delito de falso testemunho em qualquer situação, ou seja, haja ou não a testemunha assumido o compromisso de falar a verdade do que souber e lhe for perguntado.

Estamos, portanto, com Hélio Tornaghi, quando, com autoridade, preleciona:

> "Não se pense, portanto, que só têm obrigação de dizer a verdade as testemunhas que prometem fazê-lo; que o dever de veracidade só existe para quem tem dever de prometer. Não! A obrigação de dizer a verdade independe da obrigação de prometer! Da primeira, a lei não dispensa ninguém; da outra, isto é, da de prometer, estão *dispensados* (Código de Processo Penal, art. 208)".[7]

11.2. Vítima que presta depoimento falso

Vimos, anteriormente, que todos tem a obrigação de prestar um testemunho verdadeiro, independentemente de terem ou não assumido esse compromisso solenemente.

No entanto, outras pessoas, além das testemunhas, também prestam suas declarações em juízo, a exemplo da própria vítima. Nesse caso, se a vítima prestasse declarações falsas, poderia ser responsabilizada pelo crime de *falso testemunho*? A resposta só pode ser negativa. Isso porque, como a própria interpretação literal das palavras nos permite concluir, uma coisa é ser *vítima*, outra é ser testemunha.

Muitos promotores de Justiça, equivocadamente, confundem as duas situações e, ao apresentarem o seu *rol de testemunhas*, incluem a vítima nesse elenco. A vítima, na verdade, deve ocupar, na denúncia, um lugar separado das testemunhas.

Vítima ou *ofendido*, como a(o) denomina o art. 201 do Código de Processo Penal, é aquela(e) que sofre com a conduta praticada pelo sujeito ativo da infração penal. Sendo assim, qual seria a importância e o valor probatório de suas palavras? Tourinho Filho, respondendo a essa indagação, esclarece:

> "*Prima facie*, parecerá que suas declarações devem ser aceitas sem reservas, pois ninguém melhor que a vítima para esclarecer o ocorrido. É de se ponderar, no entanto, que aquele que foi objeto material do crime, levado pela paixão, pelo ódio, pelo ressentimento e até mesmo pela emoção, procura narrar os fatos como lhe pareçam convenientes; às vezes, a emoção causada pela cena delituosa é tão intensa, que o ofendido, julgando estar narrando com fidelidade, omite ou acrescenta circunstâncias, desvirtuando os fatos.
>
> Atendendo a tais circunstâncias, o ofendido nem presta compromisso nem se sujeita a processo por falso testemunho".[8]

7 TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de processo penal*, v. 3, p. 890.

8 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, v. 3, p. 261.

11.3. Falso testemunho em Comissão Parlamentar de Inquérito

Determina o § 3º do art. 58 da Constituição Federal:

> § 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

Se o delito de falso testemunho ou falsa perícia for praticado em Comissão Parlamentar de Inquérito, deverá ser aplicado o inciso II do art. 4º da Lei nº 1.579, de 18 de março de 1952, que diz:

> **Art. 4º.** Constitui crime:
>
> I – [...];
>
> II – fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, tradutor ou intérprete, perante a Comissão Parlamentar de Inquérito:
>
> Pena – a do art. 342 do Código Penal.

Note-se que no mencionado art. 4º não existe previsão para o delito praticado pelo contador, nos termos da redação constante do art. 342 do Código Penal, que foi dada pela Lei nº 10.268, de 28 de agosto de 2001.

11.4. Concurso de pessoas no crime de falso testemunho

Doutrinariamente, tem-se afirmado que o *falso testemunho* é um delito de mão própria, isto é, de atuação personalíssima, de execução intransferível, indelegável. Em virtude dessa natureza jurídica, ou seja, sendo o falso testemunho um crime de mão própria, seria possível o concurso de pessoas? A resposta, na verdade, deverá ser desdobrada, fazendo-se, de um lado, o raciocínio relativo à coautoria e, do outro, o correspondente à participação.

Assim, podemos afirmar que não é admissível a coautoria em crimes de mão própria. Nilo Batista, com precisão, esclarece:

> "Se duas pessoas, no mesmo processo – e até na mesma assentada – praticam falso testemunho (art. 342 CP), há dois delitos e dois autores, sendo irrelevante que se houvessem

posto de acordo sobre o procedimento adotado. Os crimes de mão própria não admitem coautoria nem autoria mediata na medida em que o seu conteúdo de injusto reside precisamente na pessoal e indeclinável realização da atividade proibida".[9]

No entanto, será perfeitamente possível o reconhecimento da participação, na hipótese em que a testemunha, por exemplo, é induzida ou instigada por alguém a prestar um depoimento falso.

Não podemos, tecnicamente, confundir as duas situações, vale dizer, a coautoria com a participação, razão pela qual entendemos como equivocada, *permissa venia*, a decisão proferida pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, quando concluiu:

"Penal. Processual penal. *Habeas corpus*. Advogado. Crime de falso testemunho. Participação por induzimento. Potencialidade lesiva. Extinção da punibilidade do crime principal. Irrelevância. Questões controvertidas. Impropriedade do *writ*.

A jurisprudência e a doutrina autorizadas proclamam o entendimento de que no crime de falso testemunho é admissível a coautoria do advogado que induz o depoente a proclamar a falsa afirmação. Precedente (REsp. nº 200.785/SP, Rel. Min. Felix Fischer, *DJ* de 21/8/2000, p. 159).

O debate sobre a atipicidade do fato por ausência de potencialidade lesiva é questão de fato controvertida, insusceptível de deslinde no espaço estreito do *habeas corpus*, que não comporta no seu rito sumário dilação probatória.

A extinção da punibilidade pela prescrição da ação penal em que se apura o crime principal não tem projeção no crime de falso testemunho, que é delito autônomo e provoca o *jus puniendi* em ação própria.

Habeas corpus denegado" (*HC* 19479/SP, *Habeas Corpus* 2001/0176480-0, Rel. Min. Vicente Leal, julgamento em 2/4/2002, publicação no *DJ* em 6/5/2002, p. 326).

Verifica-se, portanto, a confusão havida na ementa entre coautoria e participação. No caso, em razão da natureza jurídica do crime de falso testemunho, vale frisar, pelo fato de ser um crime de mão própria, não podemos cogitar de coautoria, mas tão somente de participação.

Em julgado mais recente, ocorrido em 17/5/2005, a 5ª Turma daquela Egrégia Corte concluiu corretamente:

"Penal e processual penal. *Habeas corpus*. Art. 342, § 2º, do Código Penal. Trancamento da ação penal. Justa causa. Retratação da testemunha. Extensão à paciente, denunciada por orientar, instruir e influenciar aquela.

9 BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*, p. 97.

I – É possível a participação no delito de falso testemunho (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso).

II – A retratação de um dos acusados, tendo em vista a redação do art. 342, § 2º, do Código Penal, estende-se aos demais corréus ou partícipes.

Writ concedido" (*HC* 36287/SP, *Habeas Corpus* 2004/0087500-0, Rel. Min. Felix Fischer, julgamento em 17/5/2005, publicação no *DJ* em 20/6/2005, p. 305).

11.5. Retratação no júri

Na hipótese de julgamento pelo Tribunal do Júri, entendemos que o agente, caso queira retratar-se, deverá fazê-lo antes da decisão proferida pelo Conselho de Sentença, e não somente até a pronúncia, pois, conforme assevera Guilherme de Souza Nucci, "o ápice é a decisão em sala secreta tomada pelos jurados. Se a decisão de mérito somente será proferida pelo Conselho de Sentença, não há cabimento para se levar em consideração a decisão de pronúncia, que simplesmente julga admissível a acusação".[10]

11.6. Prisão em flagrante no crime de falso testemunho

Temos presenciado a algumas cenas, até certo ponto inusitadas, em que alguns juízes mais entusiasmados não somente advertem a testemunha do seu compromisso de dizer a verdade, mas, basicamente, a ameaçam, dizendo que se por acaso faltar com a verdade poderá ser presa em flagrante em virtude da prática do crime de falso testemunho.

A pergunta que temos de nos fazer, no momento, é a seguinte: Será possível a prisão em flagrante de alguém pela prática do crime de falso testemunho?

A resposta, na verdade, é muito mais complexa do que se imagina. Isso porque, para que ocorra a prisão em flagrante, temos de partir do pressuposto de que a testemunha, ao prestar o seu depoimento, esteja, efetivamente, fazendo afirmação falsa, negando ou calando a verdade.

Quando a testemunha, por algum motivo, na presença do juiz, se recusa a prestar suas declarações, não vemos óbice à prisão em flagrante, pois ela tem a obrigação de responder sobre aquilo que lhe perguntarem.

No entanto, as outras duas situações nos impõem outro raciocínio. Se o julgador, durante a inquirição de uma testemunha, vier a se convencer de que suas declarações são falsas ou de que nega a verdade, é sinal de que, antecipando o seu julgamento, entendeu que as demais provas, que até aquele momento foram trazidas para os autos, eram verdadeiras.

10 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 1.075.

Trata-se, portanto, de uma valoração perigosa, principalmente se ainda existirem outras provas a produzir.

Por isso, entendemos que a prisão em flagrante de alguém pela prática do delito de falso testemunho poderá, em algumas situações, conduzir até mesmo à suspeição do julgador, devido ao fato de que, com ela, já terá manifestado a sua valoração, entendendo como verdadeira a prova que serviu de parâmetro a fim de concluir pela falsidade testemunhal.

11.7. Falso testemunho e início da ação penal

Pode ocorrer a hipótese de alguém ser denunciado pelo delito de falso testemunho, enquanto tramita a ação na qual o delito foi, em tese, praticado. Nesse caso, os Tribunais Superiores já firmaram entendimento no seguinte sentido:

> "Recurso especial. Penal. Processo penal. Crime de falso testemunho. Ação penal. Instauração. Possibilidade.
>
> É possível a propositura da ação penal para se apurar o crime de falso testemunho antes de ocorrer a sentença no processo em que o crime teria ocorrido, desde que fique sobrestado seu julgamento até a outra sentença ou decisão.
>
> Recurso provido" (REsp. 596500/DF – Recurso Especial 2003/0171653-8, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, 5ª Turma, julgamento em 21/10/2004, publicado no *DJ* em 22/11/2004, p. 377).

CAPÍTULO 99

CORRUPÇÃO ATIVA DE TESTEMUNHA, PERITO, CONTADOR, TRADUTOR OU INTÉRPRETE

Art. 343. Dar, oferecer, ou prometer dinheiro ou qualquer outra vantagem a testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete, para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade em depoimento, perícia, cálculos, tradução ou interpretação:

Pena – reclusão, de 3 (três) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. As penas aumentam-se de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), se o crime é cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal ou em processo civil em que for parte entidade da administração pública direta ou indireta.

1. INTRODUÇÃO

Quebrando a regra da teoria monista ou unitária, constante do art. 29 do Código Penal, em virtude da qual todos aqueles que concorrem para a prática da infração penal devem por ela responder na medida de sua culpabilidade, o art. 343 do mesmo diploma legal prevê como delito autônomo aquilo que seria considerado uma modalidade de participação. De acordo com a redação desta última figura típica, determinada pela Lei nº 10.268, de 28 de agosto de 2001, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de *dar, oferecer* ou *prometer* dinheiro ou qualquer outra vantagem; b) a testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete; c) para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade em depoimento, perícia, cálculos, tradução ou interpretação.

O núcleo *dar* significa entregar; *prometer* nos dá a entender que a entrega do dinheiro ou outra vantagem indevida ocorrerá no futuro; e *oferecer* diz respeito a uma proposta de entrega mais imediata.

O agente dá, oferece ou promete dinheiro (cédulas ou moedas aceitas como meio de pagamento) ou qualquer outra vantagem (que deverá, obrigatoriamente, possuir natureza econômica, tendo em vista que devemos levar a efeito uma interpretação analógica, considerando o dinheiro como a fórmula exemplificativa, e a outra vantagem como a fórmula genérica, que deverá possuir a mesma natureza).

O suborno deve ser dirigido finalisticamente a fazer com que a testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete faça afirmação falsa, negue ou cale a verdade em depoimento, perícia, cálculos, tradução ou interpretação. Caso esses últimos, em virtude do suborno, venham a praticar o crime de falso testemunho ou falsa perícia, deverão ser responsabilizados de acordo com o tipo do art. 342 do Código Penal, enquanto o corruptor ativo praticará a infração penal prevista no art. 343 do mesmo estatuto, razão pela qual se conclui ter havido quebra da teoria monista ou unitária, lembrando que a lei penal considerou mais grave o comportamento do corruptor em oferecer dinheiro ou outra vantagem, do que o falso testemunho ou a falsa perícia, tendo em vista ser a pena cominada ao art. 343 (reclusão, de 3 a 4 anos, e multa) superior àquela prevista no art. 342 (reclusão, de 1 a 3 anos, e multa).

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum no que diz respeito ao sujeito ativo e próprio quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); instantâneo; de forma livre; monossubjetivo; monossubsistente ou plurissubsistente (dependendo da forma como o delito é praticado, havendo ou não possibilidade de fracionamento do *iter criminis*); transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito em estudo, haja vista que o tipo do art. 343 do Código Penal não exige nenhuma qualidade ou condição especial.

O sujeito passivo é o Estado, bem como aquele que, de alguma forma, foi prejudicado com a conduta praticada pela testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo do art. 343 do Código Penal ou, mais especificamente, a administração da justiça.

O objeto material é a testemunha, o perito, o contador, o tradutor ou o intérprete.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, dá, oferece ou promete dinheiro ou qualquer outra vantagem a testemunha, perito, tradutor, contador ou intérprete, para fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade em depoimento, perícia, cálculos, tradução ou interpretação.

O delito é de natureza formal, consumando-se ainda que a testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete não pratique o comportamento solicitado pelo sujeito ativo. A dação, o simples oferecimento e mesmo a mera promessa de pagamento em dinheiro ou outra vantagem para que venha a ser praticado o falso testemunho ou a falsa perícia já são suficientes para efeitos de reconhecimento da consumação do crime.

A possibilidade de tentativa deverá ser analisada caso a caso, dependendo da forma como o delito for praticado.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

No entanto, a conduta do agente deve ser dirigida no sentido de fazer com que a testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete faça afirmação falsa, negue ou cale a verdade em depoimento, perícia, cálculo, tradução ou interpretação.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

As condutas *dar, oferecer e prometer* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente.

No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para evitar a prática da infração penal em exame, devendo, portanto, também responder pelo delito tipificado no art. 343 do Código Penal, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. CAUSA DE AUMENTO DE PENA

As penas aumentam-se de um sexto a um terço, nos termos do parágrafo único do art. 343 do Código Penal, se o crime é cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal ou em processo civil em que for parte entidade da Administração Pública direta ou indireta.

Aplica-se, aqui, tudo o que foi dito quando do estudo da majorante prevista no § 1º do art. 342 do Código Penal – exceto quanto à prática mediante suborno, que consta do mesmo dispositivo –, para onde remetemos o leitor.

9. PENA E AÇÃO PENAL

A pena cominada ao delito tipificado no art. 343 do Código Penal é de reclusão, de 3 (três) a 4 (quatro) anos, e multa.

De acordo com o parágrafo único do art. 343 do Código Penal, as penas aumentam-se de um sexto a um terço, se o crime é cometido com o fim de obter prova destinada a produzir efeito em processo penal ou em processo civil em que for parte entidade da Administração Pública direta ou indireta.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

10. DESTAQUES

10.1. Perito, contador, tradutor ou intérprete oficial

Se o agente dá, oferece ou promete dinheiro ou qualquer outra vantagem a perito, contador, tradutor ou intérprete oficial, o fato se subsumirá ao tipo constante do art. 333 do Código Penal, que prevê o delito de *corrupção ativa*, tendo em vista a qualidade de funcionário público desses últimos.

10.2. Retratação

Imagine-se a hipótese em que a testemunha preste um depoimento falso, depois de receber dinheiro do agente e, antes da sentença, se arrepende e vem a se retratar em Juízo. Nesse caso, a mencionada retratação teria alguma repercussão no que diz respeito ao delito previsto no art. 343 do Código Penal? Absolutamente, não. Isso porque, como vimos, para efeito de consumação do delito em exame, não há sequer necessidade de que a testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete pratique o falso testemunho ou a falsa perícia, consumando-se a infração penal no exato instante em que o agente dá, oferece ou promete dinheiro ou qualquer outra vantagem.

CAPÍTULO 100
COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO

Coação no curso do processo

Art. 344. Usar de violência ou grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *coação no curso do processo* encontra-se tipificado no art. 344 do Código Penal. De acordo com a redação constante da mencionada figura típica, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de usar de violência ou grave ameaça; b) com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio; d) contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral.

A *violência* referida pelo tipo penal é aquela de natureza física, dirigida contra uma pessoa, que se constitui em agressões características do delito de lesões corporais ou mesmo da contravenção penal de vias de fato, a exemplo dos empurrões, tapas etc. A grave ameaça diz respeito à prática de um mal futuro e grave e pode ser praticada diante das hipóteses previstas no art. 147 do Código Penal, vale dizer, por palavra, escrito ou gesto, ou qualquer outro meio simbólico. Tem-se entendido que a promessa pode dizer respeito à pratica de um mal justo ou injusto, a exemplo de Guilherme de Souza Nucci, quando esclarece:

> "Não se exige que se trate de causar à vítima algo injusto, mas há de ser intimidação envolvendo uma conduta *ilícita* do agente, isto é, configura-se o delito quando alguém usa, contra pessoa que funcione em processo judicial, por exemplo, de grave ameaça *justa*, para obter vantagem (imagine-se o

agente que, conhecendo algum crime do magistrado, ameace denunciá-lo à polícia, o que é lícito fazer, caso não obtenha ganho de causa). Nota-se que, no caso apresentado, a conduta não é lícita, pois ninguém está autorizado a agir desse modo, buscando levar vantagem para encobrir crime alheio. Por outro lado, se a conduta disser respeito ao advogado que intimide a testemunha relembrando-a das penas do falso testemunho caso não declare a verdade, trata-se de conduta lícita, pois é interesse da administração da justiça que tal ocorra, vale dizer, que diga a verdade do que sabe".[1]

A utilização da violência ou da grave ameaça deve ser dirigida finalisticamente no sentido de obter algum favorecimento de interesse próprio ou alheio que esteja sendo considerado em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral.

A conduta do agente é dirigida contra *autoridade* (juiz de Direito, Promotor de Justiça, delegado de Polícia, defensor público etc.), *parte* (autor e réu), ou contra qualquer pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral, a exemplo do que ocorre com os peritos, escrivães, escreventes, oficiais de justiça, jurado etc.

O processo judicial pode ter qualquer natureza (civil ou penal). Embora pela redação do art. 344 do Código Penal sejamos levados a acreditar na existência de um "processo policial", na verdade, refere-se o artigo em exame ao *inquérito policial*. *Processo administrativo*, conforme assevera Hungria, "é o que se destina à apuração de ilícito administrativo ou disciplinar, para ulterior julgamento na própria órbita da chamada *jurisdição administrativa*".[2] *Juízo arbitral* é aquele capaz de dirimir extrajudicialmente os litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis, nos termos constantes da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que dispõe sobre a arbitragem.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum no que diz respeito ao sujeito ativo e próprio quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); instantâneo; de forma livre; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *coação no curso do processo*, haja vista que o tipo do art. 344 do Código Penal não exige nenhuma qualidade ou condição especial.

1 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 1.078.
2 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 477.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como aquele que foi vítima da violência ou grave ameaça praticada pelo sujeito ativo.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *coação no curso do processo* ou, mais especificamente, a administração da justiça.

O objeto material é a pessoa contra quem foi praticada a violência ou dirigida a grave ameaça.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, utiliza a *vis absoluta*, ou seja, a violência física, ou a *vis compulsiva*, vale dizer, a grave ameaça, com a finalidade de favorecer interesse próprio ou alheio contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral.

Tratando-se de crime formal, de consumação antecipada, não há necessidade de que o agente, efetivamente, consiga o favorecimento de seu interesse que, se vier a ocorrer, deverá ser considerado mero exaurimento do crime.

A tentativa é admissível, tendo em vista a natureza, como norma, plurissubsistente da infração penal.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

No entanto, a conduta do agente deve ser dirigida no sentido de favorecer interesse próprio ou alheio, caracterizando-se o chamado *especial fim de agir*.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

A conduta narrada no tipo penal – *usar de violência ou grave ameaça* – pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para evitar a prática da infração penal em exame, devendo, portanto, também responder pelo delito de *coação no curso do processo*, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. CONCURSO DE CRIMES

Tendo em vista o disposto na parte final do preceito secundário do art. 344 do Código Penal, deverá ser aplicada a regra do concurso formal impróprio, previsto na segunda parte do art. 70 do Código Penal, aplicando-se a regra do cúmulo material entre os crimes de *coação no curso do processo* e aquele resultante da violência.

9. PENA, AÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *coação no curso do processo* é de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível, também, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

CAPÍTULO 101

EXERCÍCIO ARBITRÁRIO DAS PRÓPRIAS RAZÕES

Exercício arbitrário das próprias razões

Art. 345. Fazer justiça pelas próprias mãos, para satisfazer pretensão, embora legítima, salvo quando a lei o permite:

Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. Se não há emprego de violência, somente se procede mediante queixa.

1. INTRODUÇÃO

O Estado Moderno não pode tolerar a *justiça privada,* na qual, como regra, prevalece a vontade do mais forte. A partir do instante em que o Estado chamou a si a responsabilidade de distribuir a justiça, consequentemente, passou a tentar evitar a *justiça privada*, pois, neste último caso, verifica-se uma mistura de personagens, isto é, em uma única pessoa encontram-se fundidas as figuras do acusador e do juiz.

Aquele, portanto, que tentar fazer justiça pelas próprias mãos deverá ser responsabilizado pela infração tipificada no art. 345 do Código Penal, da qual podemos extrair os seguintes elementos: a) a conduta de fazer justiça pelas próprias mãos; b) para satisfazer pretensão; c) embora legítima; d) salvo quando a lei o permite.

Fazer justiça pelas próprias mãos tem o significado de agir por si mesmo, de acordo com a sua própria vontade, não solicitando a intervenção do Estado, responsável pela aplicação da justiça ao caso concreto.

O agente atua no sentido de, ele próprio, satisfazer uma *pretensão*. Conforme esclarece Noronha,

> "esta é o *pressuposto do delito*. Sem ela, este não tem existência, incidindo o fato em outra disposição legal. A pretensão, por

sua vez, se assenta em um *direito* que o agente tem ou julga ter, isto é, pensa de boa-fé possuí-lo, o que deve ser apreciado não apenas quanto ao direito *em si*, mas de acordo com as circunstâncias e as condições da pessoa. Consequentemente, a pretensão pode ser *ilegítima* – o que a lei deixa bem claro: 'embora legítima' – desde que a pessoa razoavelmente assim não a julgue".[1]

É necessário que a pretensão a que alude o art. 345 do Código Penal possa ser apreciada pela Justiça, pois, caso contrário, não se poderá cogitar da infração penal em estudo, a exemplo daquele que fizer justiça pelas próprias mãos a fim de satisfazer-se com o pagamento de uma dívida já prescrita ou, mesmo, uma dívida de jogo.

A pretensão a ser satisfeita pode ser do próprio agente ou mesmo de terceira pessoa, desde que legítima, como vimos.

Tratando-se de delito de forma livre, o agente poderá valer-se de diversos meios para satisfazer sua pretensão, podendo usar violência, ameaça, fraude etc. O importante é que ele mesmo faça sua própria justiça, não chamando o Estado para intervir na questão.

Não haverá a infração penal em estudo, conforme ressalva a última parte do art. 345 do Código Penal, quando a própria lei admite a possibilidade de atuação pessoal do agente, a exemplo do que ocorre quando pratica o fato em legítima defesa, exercício regular de direito etc. Nesses casos, o estudo da causa de justificação é antecipado para o próprio tipo penal. A conduta, portanto, será considerada atípica. Veja-se o exemplo do direito de retenção, disposto nos arts. 319 e 1.219 do Código Civil, ou, ainda, do direito de corte de raízes e ramos de árvore, previsto no art. 1.283 do mesmo diploma civil, que dizem, respectivamente, *verbis*

> **Art. 319.** O devedor que paga tem direito à quitação regular, e pode reter o pagamento, enquanto não lhe seja dada.
>
> **Art. 1.219.** O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levantá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.
>
> **Art. 1.283.** As raízes e os ramos de árvore, que ultrapassem a estrema do prédio, poderão ser cortados, até o plano vertical divisório, pelo proprietário do terreno invadido.

1 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 392.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum no que diz respeito ao sujeito ativo, bem quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); instantâneo; de forma livre; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *exercício arbitrário das próprias razões*, haja vista que o tipo do art. 345 do Código Penal não exige nenhuma qualidade ou condição especial.

O sujeito passivo é o Estado, bem como aquele prejudicado com a conduta praticada pelo sujeito ativo.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *exercício arbitrário das próprias razões* ou, mais especificamente, a administração da justiça.

O objeto material é a pessoa ou a coisa contra a qual é dirigida a conduta praticada pelo agente.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, fazendo justiça com as próprias mãos, consegue satisfazer sua pretensão.

Será possível o reconhecimento da tentativa, haja vista tratar-se de crime plurissubsistente.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Deverá o agente, no entanto, atuar no sentido de satisfazer pretensão legítima, fazendo justiça com as próprias mãos, não se amoldando ao delito em estudo quando a lei permitir o seu comportamento, a exemplo do que ocorre quando o sujeito atua em legítima defesa ou no exercício regular de um direito, como na hipótese prevista no § 1º do art. 1.210 do Código Civil, que diz, *verbis:*

> § 1º O possuidor turbado, ou esbulhado, poderá manter-se ou restituir-se por sua própria força, contanto que o faça logo; os atos de defesa, ou de desforço, não podem ir além do indispensável à manutenção, ou restituição da posse.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

A conduta de *fazer justiça pelas próprias mãos* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria, na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para evitar a prática da infração penal em exame, devendo, portanto, também responder pelo delito de *exercício arbitrário das próprias razões,* nos termos do art. 13, § 2ª, do Código Penal.

8. CONCURSO DE CRIMES

Tendo em vista o disposto na parte final do preceito secundário do art. 345 do Código Penal, deverá ser aplicada a regra do concurso formal impróprio, previsto na segunda parte do art. 70 do Código Penal, aplicando-se a regra do cúmulo material entre os crimes de *exercício arbitrário das próprias razões* e aquele resultante da violência.

9. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *exercício arbitrário das próprias razões* é de detenção, de 15 (quinze) dias a 1 (um) mês, ou multa, além da pena correspondente à violência.

A ação penal, como regra, será de iniciativa privada, passando a ser de natureza pública incondicionada se houver o emprego de violência contra a pessoa, vale dizer, a chamada *vis absoluta*, conforme preconiza o parágrafo único do art. 345 do Código Penal.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito em estudo, em virtude da pena máxima cominada em abstrato, que não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível, também, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Capítulo 102

Subtração ou Dano de Coisa Própria em Poder de Terceiro

Art. 346. Tirar, suprimir, destruir ou danificar coisa própria, que se acha em poder de terceiro por determinação judicial ou convenção:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

1. INTRODUÇÃO

Embora não exista qualquer rubrica ao art. 346 do Código Penal, tem-se entendido por *subtração ou dano de coisa própria em poder de terceiro* o *nomen juris* correspondente à infração penal constante do mencionado tipo penal.

De acordo com a sua redação típica, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de *tirar, suprimir, destruir ou danificar*; b) coisa própria; c) que se acha em poder de terceiro; d) por determinação judicial ou convenção.

Tirar tem o sentido de subtrair, retirar; *suprimir* significa fazer com que desapareça; *destruir* importa em eliminar; *danificar* diz respeito a estragar, deteriorar. Essas condutas devem ter como objeto material a *coisa própria*, vale dizer, a coisa móvel pertencente ao agente, que se acha em poder de terceiro por determinação judicial ou convenção.

Conforme esclarece Romeu de Almeida Salles Júnior,

> "a posse por terceiro deve ser legítima, seja ele credor ou não do agente. Ocorrerá nas hipóteses de penhor ou anticrese, ou de direito de retenção; quando houver ordem judicial ou contrato (depositário de coisa penhorada ou arrestada, locatário, comodatário, comprador com reserva de domínio do vendedor [...]. O delito é uma variante mais grave do crime de exercício arbitrário das próprias razões (art. 345 do CP). Só que no art. 346 não existe pretensão alguma, seja legítima ou supostamente legítima, a fazer valer por parte do agente".[1]

1 SALLES JÚNIOR, Romeu de Almeida. *Código penal interpretado*, p.956.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime próprio no que diz respeito ao sujeito ativo e comum quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2ª, do Código Penal); instantâneo; de forma livre; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte (podendo, no entanto, em algumas situações ser considerado como não transeunte, quando o agente, por exemplo, destrói ou danifica coisa própria que se acha em poder de terceiro por determinação judicial, tendo em vista a necessidade de comprovação do fato através da prova pericial).

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Crime próprio, somente o proprietário da coisa que se acha em poder de terceiro por determinação judicial ou convenção é que pode ser considerado *sujeito ativo* do delito tipificado no art. 346 do Código Penal.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como aquele que foi prejudicado com a conduta praticada pelo sujeito ativo.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal em exame ou, mais especificamente, a administração da justiça.

O objeto material é a coisa pertencente ao agente, que se acha em poder de terceiro por determinação judicial ou convenção, que foi tirada, suprimida, destruída ou danificada.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, tira, suprime, destrói ou danifica coisa própria, que se acha em poder de terceiro por determinação judicial ou convenção.

Será possível o reconhecimento da tentativa, haja vista tratar-se de crime plurissubsistente.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

O agente, portanto, deverá ter conhecimento de todos os elementos que integram a figura típica para efeitos de reconhecimento do delito tipificado no art. 346 do Código Penal. Assim, por exemplo, deverá saber que a coisa que tira de alguém além de própria, com ela se encontrava em virtude de determinação

judicial ou convenção, pois, caso contrário, poderá ser arguido o erro de tipo, eliminando-se o dolo e, consequentemente, a própria infração penal, permitindo, ainda, se for o caso, a desclassificação para outra figura típica, como o delito de exercício arbitrário das próprias razões.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos *tirar*, *suprimir*, *destruir* e *danificar* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para evitar a prática da infração penal em exame, devendo, portanto, também responder pelo delito tipificado no art. 346, nos termos do art. 13, § 2ª, do Código Penal.

8. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito tipificado no art. 346 do Código Penal é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito em estudo, em virtude da pena máxima cominada em abstrato, que não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível, também, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Capítulo 103
Fraude Processual

Fraude processual

Art. 347. Inovar artificiosamente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Se a inovação se destina a produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado, as penas aplicam-se em dobro.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *fraude processual* encontra-se tipificado no art. 347 do Código Penal, de onde podemos extrair os seguintes elementos: a) a conduta de inovar artificiosamente; b) na pendência de processo civil ou administrativo; c) o estado de lugar, de coisa ou de pessoa; d) com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito.

Inovar artificiosamente é valer-se de um artifício, de um ardil, com a finalidade de enganar, iludir, modificando o estado de lugar, de coisa ou de pessoa. Como esclarece Hungria,

> "a fraude opera-se com a artificiosa inovação (alteração, modificação, substituição, deformação, subversão) relativamente ao 'estado de lugar, de coisa ou de pessoa' (enumeração taxativa). Inova-se artificiosamente: o estado de lugar, quando, por exemplo, se abre um caminho, para inculcar uma servidão *itineris;* o estado de coisa, quando, *v.g.*, se eliminam os vestígios de sangue numa peça indiciária da autoria de um homicídio, ou se coloca um revólver junto a uma vítima de homicídio, para fazer crer em suicídio; o estado (físico) de pessoa, quando, *in exemplis*, se suprimem, mediante operação plástica, certos sinais característicos de um indivíduo procurado pela justiça".[1]

1 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 501.

Há necessidade, ainda, que já esteja em curso, isto é, que já tenha sido iniciado o processo judicial de natureza civil, bem como o processo administrativo. Neste último caso, em virtude dos elementos que integram a figura típica, bem como da impossibilidade de nos valermos do recurso à analogia *in malam partem*, não podemos incluir no conceito de *processo administrativo* as sindicâncias que lhe são anteriores.

Tratando-se da seara penal, nos termos preconizados pelo parágrafo único do art. 347 do Código Penal, a inovação artificiosa poderá ocorrer, como veremos mais adiante, tanto na pendência de processo penal quanto na fase que lhe é anterior, vale dizer, enquanto pendente o inquérito policial.

A conduta praticada pelo agente deve ser dirigida finalisticamente no sentido de induzir a erro o juiz ou o perito. Assim, tanto o julgador como o perito poderão chegar a conclusões equivocadas em razão do comportamento levado a efeito pelo agente, colocando em risco a correta aplicação da lei.

Vale registro, por oportuno, o alerta feito por Damásio de Jesus quando preleciona:

> "A inovação deve ser idônea objetiva e subjetivamente. Sob o aspecto material, deve ser capaz de alterar realmente a feição probatória do lugar, coisa ou pessoa. Assim, não há delito na inovação grosseira, mal realizada, perceptível à vista. Sob o aspecto subjetivo, deve ser capaz de conduzir a erro o Juiz ou o perito".[2]

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum no que diz respeito ao sujeito ativo, bem quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); instantâneo; de forma livre; monossubjetivo; plurissubsistente; não transeunte (tendo em vista a necessidade de comprovação da inovação através da prova pericial).

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *fraude processual*, haja vista que o tipo do art. 347 do Código Penal não exige nenhuma qualidade ou condição especial.

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como aquele que foi de alguma forma prejudicado com a conduta praticada pelo sujeito ativo.

2 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, v. 4, p 292.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *fraude processual* ou, mais especificamente, a administração da justiça.

O objeto material é o lugar, a coisa ou a pessoa sobre a qual recai a conduta praticada pelo agente.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma com a *inovação artificiosa*, independentemente do fato de ter o agente conseguido alcançar sua finalidade, que era a de induzir a erro o juiz ou o perito.

A tentativa é admissível, em virtude do fato de ser possível o fracionamento do *iter criminis*, haja vista tratar-se de crime plurissubsistente.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

O agente, no entanto, deverá dirigir finalisticamente sua conduta no sentido de induzir a erro o juiz ou o perito, na pendência de processo civil, penal ou administrativo, atuando, assim, com o chamado *especial fim de agir*.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

A conduta de *inovar artificiosamente* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para evitar a prática da infração penal em exame, devendo, portanto, também responder pelo delito de *fraude processual*, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA

Determina o parágrafo único do art. 347 do Código Penal que *se a inovação se destina a produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado, as penas aplicam-se em dobro.*

Tem-se entendido, aqui, em razão da redação do mencionado parágrafo único, pelo reconhecimento do delito se a inovação artificiosa vier a ocorrer ainda durante a fase de inquérito policial, que é aquela que antecede o processo penal, vale dizer, que é levada a efeito antes do seu início em juízo.

Como norma, a perícia em matéria penal é realizada na fase policial, não se repetindo em Juízo. O Ministério Público, quase sempre, oferece a denúncia com base nas provas existentes no inquérito policial, sendo que aquelas de natureza técnica, a exemplo da prova pericial, raramente se repetem em juízo, salvo nas hipóteses em que haja dúvida sobre sua credibilidade etc.

Por essa razão é que a expressão *processo penal, ainda que não iniciado* deve ser interpretada no sentido de se cuidar de *inquérito policial*.

Nesse caso, a pena será aplicada em dobro. Cuida-se, portanto, de causa especial de aumento de pena, a ser considerada no terceiro momento do critério trifásico previsto pelo art. 68 do Código Penal, embora exista posição em contrário, a exemplo de Guilherme de Souza Nucci,[3] que a entende como qualificadora, repercutindo quando da fixação da pena-base.

Justifica-se o aumento da pena em virtude do maior juízo de reprovação que recai sobre o comportamento daquele que pratica a inovação artificiosa destinada a produzir efeito em processo penal, pois, neste caso, há o perigo de privar um inocente de sua liberdade, bem como o de permitir que um culpado permaneça em liberdade, criando uma situação de risco para a sociedade.

9. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *fraude processual* é de detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Se a inovação se destina a produzir efeito em processo penal, ainda que não iniciado, as penas aplicam-se em dobro.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito em estudo, em virtude da pena máxima cominada em abstrato, que não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível, também, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

10. DESTAQUES

10.1. Natureza subsidiária do crime de fraude processual

Se o agente, por exemplo, na pendência de processo civil, penal, ou administrativo, inovar artificiosamente um documento, falsificando-o, não deverá responder pelas duas infrações penais em concurso material de crimes, pois o delito mais grave (o crime de falso) absorverá o menos grave (a fraude processual).

3 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 1.082.

10.2. Direito à autodefesa

Se o réu, por exemplo, com a finalidade de se defender, inovar artificiosamente o estado de lugar, de coisa ou de pessoa com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito, entendemos que o fato deverá fazer parte do seu direito à autodefesa, não podendo ser responsabilizado pela infração penal em exame.

Assim, por exemplo, se o réu limpar o lugar onde havia praticado o homicídio, se consertar o automóvel com o qual havia atropelado culposamente a vítima, se fizer uma cirurgia plástica com a finalidade de mudar sua fisionomia, dificultando o seu reconhecimento etc., tais fatos não se subsumirão ao delito de *fraude processual*, amoldando-se ao conceito de autodefesa, no sentido de que ninguém é obrigado a fazer ou mesmo a permitir prova contra si mesmo.

10.3. Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997)

> **Art. 312.** Inovar artificiosamente, em caso de acidente automobilístico com vítima, na pendência do respectivo procedimento policial preparatório, inquérito policial ou processo penal, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, a fim de induzir a erro o agente policial, o perito, ou juiz:
>
> Penas – detenção, de seis meses a um ano, ou multa.
>
> **Parágrafo único.** Aplica-se o disposto neste artigo, ainda que não iniciados, quando da inovação, o procedimento preparatório, o inquérito ou o processo aos quais se refere.

10.4. Estatuto de Desarmamento (Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003)

> **Art. 16.** Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
>
> Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.
>
> Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem:
>
> I – [...];
>
> II – modificar as características de arma de fogo, de forma a torná-la equivalente a arma de fogo de uso proibido ou restrito ou para fins de dificultar ou de qualquer modo induzir a erro autoridade policial, perito ou juiz;

Capítulo 104

Favorecimento Pessoal

Favorecimento pessoal

Art. 348. Auxiliar a subtrair-se à ação de autoridade pública autor de crime a que é cominada pena de reclusão:

Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, e multa.

§ 1º Se ao crime não é cominada pena de reclusão:

Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, e multa.

§ 2º Se quem presta auxílio é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica isento de pena.

1. INTRODUÇÃO

Quando alguém pratica um crime, as autoridades públicas são acionadas no sentido de fazer com que seja aplicada a lei penal. Uma das consequências dessa aplicação pode ser a prisão daquele que descumpriu o comando legal. A população em geral não tem a obrigação de colaborar com as autoridades delatando ou mesmo auxiliando a prisão dessas pessoas. No entanto, em sentido contrário, não pode atrapalhar, criar obstáculos a essa ação. Caso isso ocorra, dependendo da hipótese concreta, poderá se configurar o delito de *favorecimento pessoal*, tipificado no art. 348 do Código Penal, de cuja figura típica podemos destacar os seguintes elementos: a) a conduta de *auxiliar* a subtrair-se à ação de autoridade pública; b) autor de crime a que é cominada pena de reclusão.

O núcleo *auxiliar* significa ajudar, socorrer. Essa ajuda, essa prestação de auxílio, deve ser dirigida no sentido de fazer com que alguém se subtraia à ação de autoridade pública, ou seja, aquela que, de alguma forma, seja a legitimada a determinar ou a proceder à captura do autor do crime, a exemplo do delegado de Polícia, Promotor de Justiça, juiz de Direito.

Tratando-se de crime de forma livre, esse auxílio pode ser prestado de diversas formas, seja, por exemplo, emprestando um lugar para que o criminoso

se esconda, seja tentando iludir a ação das autoridades públicas, prestando, quando lhe perguntarem, informações mentirosas etc. Como esclarece Fragoso,

> "a ação incriminada consiste em auxiliar a subtrair-se à ação da autoridade, sendo irrelevante o meio de que se serve o agente. Integra a materialidade do fato qualquer ajuda idônea prestada ao criminoso para evitar sua captura (facilitação da fuga, ocultação, desvio da atenção dos agentes da força pública etc.). Não se exige que o criminoso já esteja sendo perseguido".[1]

Pressuposto para o cometimento do *favorecimento pessoal* é a prática de um crime anterior pela pessoa a quem o agente auxilia a subtrair-se à ação da autoridade pública. Por crime devemos entender a prática de um comportamento típico, ilícito e culpável. Assim, se o agente auxilia alguém que, em legítima defesa, tenha causada a morte do seu agressor, não poderá ser responsabilizado pelo delito em estudo. Em muitos casos, o crime anterior, praticado pelo sujeito que foi auxiliado pelo agente, funcionará como uma questão prejudicial, condicionando a condenação deste último à comprovação da existência da infração penal. Caso o autor do suposto crime anterior seja absolvido por ausência de qualquer dos elementos que integram o conceito analítico, vale repetir, tipicidade, ilicitude e culpabilidade, aquele a quem se imputa o favorecimento pessoal também merecerá a absolvição.

Embora sejam três os elementos que compõem a infração penal, por questões de política criminal, se ao autor do crime anterior é aplicada uma escusa absolutória cuja finalidade é a de afastar a punibilidade, também deverá ser absolvido o autor do suposto favorecimento pessoal. Entretanto, não importa a natureza do crime praticado anteriormente para efeitos de reconhecimento do favorecimento pessoal. Assim, poderá o autor ter praticado um crime doloso, culposo, consumado, tentado etc. Se vier, de alguma forma, a ser auxiliado pelo agente a subtrair-se à ação da autoridade pública, poderá ser reconhecido o favorecimento pessoal.

Vale ressaltar a posição de Damásio de Jesus quando, corretamente, em nossa opinião, conclui que nos casos em que a ação penal é de iniciativa privada ou pública condicionada à representação do ofendido, "não se pode falar em favorecimento pessoal enquanto não for oferecida queixa ou exercida a representação ou apresentada a requisição ministerial".[2]

Para que o agente responda pelo delito de favorecimento pessoal, previsto no *caput* do art. 348, é necessário que tenha ocorrido um crime anterior, como já dissemos. Contudo, a pena cominada deverá ser a de reclusão. Caso a pena seja a de detenção, deverá ser aplicado o § 1º do referido artigo.

A menção expressa à prática de crime afasta o delito de favorecimento pessoal quando o auxílio é dirigido a alguém que tenha cometido *contravenção penal*.

1 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*, v. 2, p. 532.
2 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, v. 4, p. 296.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum com relação ao sujeito ativo e próprio no que diz respeito ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *favorecimento pessoal*, não exigindo o tipo penal em estudo nenhuma qualidade ou condição especial.

O sujeito passivo é o Estado.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *favorecimento pessoal* ou, mais especificamente, a administração da justiça.

Não há objeto material.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, presta o auxílio necessário para que o autor de crime se subtraia à ação da autoridade pública, sendo necessário o sucesso do referido auxílio, pois, caso contrário, o delito poderá ser reconhecido como tentado.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Assim, se o agente, por exemplo, auxilia alguém sem saber, contudo, que se tratava de um autor de crime a que é cominada pena de reclusão, poderá ser arguido o erro de tipo, eliminando-se o dolo e, consequentemente, a própria infração penal.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo auxiliar pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para impedir que seja praticada a infração penal tipificada no art. 348, devendo ser responsabilizado nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. MODALIDADE PRIVILEGIADA

Diz o § 1º do art. 348 do Código Penal que se ao crime não é cominada pena de reclusão, a pena será de detenção, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, e multa.

9. INEXIGIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA

Sabiamente, a lei fez previsão expressa de uma causa de exclusão da culpabilidade pelo argumento da inexigibilidade de conduta diversa, dizendo, no § 2º do art. 348 do Código Penal, *verbis*:

> § 2º Se quem presta o auxílio é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica isento de pena.

Não se trata, *in casu*, de escusa absolutória, ou seja, imunidade penal de caráter pessoal, que teria o condão de afastar a punibilidade. Isso porque, para que se possa chegar à característica da punibilidade, antes, temos de aferir, ou seja, comprovar que o fato praticado pelo sujeito era digno de censura, de reprovação, vale dizer, *culpável*.

Quem não entenderia pela inexigibilidade de conduta diversa no comportamento da mãe que escondeu o seu filho, que havia praticado um delito grave, a fim de que não fosse preso pela autoridade pública, ou mesmo de uma esposa que procura evitar o encarceramento de seu marido etc.

Não se trata, portanto, de mera escusa absolutória, a exemplo do que ocorre com as hipóteses elencadas no art. 181 do Código Penal. Naqueles casos, seria exigível um comportamento diferente dos seus autores. No entanto, por questões de política criminal, é melhor que fiquem impunes do que criar sérios transtornos no seio familiar. O filho, por exemplo, que subtrai, sem violência, certa quantia em dinheiro de seu pai para comprar drogas, pratica um fato típico, ilícito e culpável. Contudo, a prisão dele acarretará prejuízo muito maior do que o sofrido patrimonialmente pelo seu genitor. Por essa razão, elimina-se a punibilidade.

Não é isso que acontece com o § 2º do art. 348 do Código Penal. Aqui, a situação é diferente. Quem, em sã consciência, puniria um filho por ter escondido o seu pai para que não fosse levado à prisão em virtude de ter praticado um crime punido com pena de reclusão?

Assim, concluindo, com a devida *venia* das posições em contrário,[3] entendemos que estamos diante de uma causa legal de exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa, e não de uma escusa absolutória, cuja finalidade é afastar, tão somente, a punibilidade.

3 A exemplo de Damásio de Jesus (*Código penal*, v. 4, p. 297), Cezar Roberto Bitencourt (*Tratado de direito penal*, v. 4, p. 566-567) e Guilherme de Souza Nucci (*Código penal comentado*, p. 1.084), que entendem ser o § 2º do art. 348 do Código Penal uma escusa absolutória.

10. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada para a modalidade prevista no *caput* do art. 348 do Código Penal é de detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, e multa.

Para a modalidade privilegiada, tipificada no § 1º do art. 348 do Código Penal, está prevista uma pena de detenção, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, e multa.

Se quem presta o auxílio é ascendente, descendente, cônjuge ou irmão do criminoso, fica isento de pena, nos termos do § 2º do citado artigo.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito de *favorecimento pessoal*, em virtude da pena máxima cominada em abstrato, que não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível, também, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

11. DESTAQUES

11.1. Diferença entre favorecimento pessoal e participação no crime

Para que ocorra o delito de favorecimento pessoal, aquele a quem o agente auxilia já deverá ter consumado o crime anterior.

Se o auxílio, não importando a sua natureza, for oferecido anteriormente à prática do crime, o agente deverá responder a título de participação no delito praticado por aquele a quem supostamente auxiliaria, e não por favorecimento pessoal.

Assim, imagine a hipótese em que o sujeito vá a procura do agente e lhe confesse seu plano de matar alguém. No entanto, esse plano ficará suspenso até o momento em que o agente encontre um lugar para se ocultar da ação dos policiais, até que o fato "se esfrie". Nesse instante, o agente oferece a sua casa. O sujeito, portanto, sentindo-se estimulado pela oferta, leva a efeito o plano criminoso e, logo após, fica escondido, conforme combinado, na residência do outro agente. Nesse caso, não existe o delito de favorecimento pessoal, mas, sim, participação no crime de homicídio.

Dessa forma, concluindo, o agente, para que responda pelo favorecimento pessoal, não poderá, de qualquer forma, ter participado no crime praticado por aquele a quem supostamente auxilia a subtrair-se à ação da autoridade pública.

11.2. Possibilidade de analogia *in bonam partem* no § 2º do art. 348 do Código Penal

Vimos que, embora exista controvérsia doutrinária, o § 2º do art. 348 do Código Penal traduz uma causa legal de exclusão da culpabilidade pela inexigibilidade de conduta diversa.

A lei aponta as pessoas das quais, no caso concreto, seria inexigível que praticassem outro comportamento, a não ser auxiliar aqueles que lhes são próximos, dada a relação de parentesco, vale dizer, ascendente, descendente, cônjuge ou irmão. Esse, portanto, é o fundamento da dirimente. Essa proximidade entre as pessoas, o sentimento que existe entre elas é maior do que qualquer lei, razão pela qual não se pode considerar como passível de censura o seu comportamento quando presta auxílio no sentido de fazer com que seu ascendente, descendente, cônjuge ou irmão se subtraia à ação da autoridade pública.

Agora, e se quem presta esse auxílio, por exemplo, não é casado, mas vive uma união estável? Poderia, utilizando o recurso da analogia *in bonam partem*, ser-lhe aplicado o § 2º do art. 348 do Código Penal? Entendemos que sim, pois a razão é idêntica.

Mesmo que não haja tal disposição expressa, ainda assim, poderá ser alegada a inexigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, razão pela qual não existe qualquer inconveniente em ser levada a efeito a analogia *in bonam partem*, eliminando-se a culpabilidade, tal como ocorre nas hipóteses constantes expressamente no § 2º do art. 348 do Código Penal.

Capítulo 105
Favorecimento Real

Favorecimento real

Art. 349. Prestar a criminoso, fora dos casos de coautoria ou de receptação, auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime:

Pena – detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, e multa.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *favorecimento real* encontra-se tipificado no art. 349 do Código Penal. De acordo com a mencionada figura típica, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de prestar a criminoso; b) fora dos casos de coautoria ou de receptação; c) auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime.

Ao contrário do que ocorre com o delito de favorecimento pessoal, no delito tipificado no art. 349 do Código Penal a conduta do agente é dirigida no sentido de prestar auxílio a criminoso, a fim de tornar seguro o proveito do crime.

Prestar auxílio significa ajudar, socorrer. O agente, portanto, auxilia o autor da infração penal, que o artigo denomina de *criminoso*, a preservar, a conservar o proveito do crime. *Proveito*, esclarece Hungria,

> "no sentido em que é empregado o vocábulo no texto legal, é toda vantagem ou utilidade, material ou moral, obtida ou esperada em razão do crime anterior, seja direta ou indiretamente: tanto o *produto* do crime (ex.: a *res furtiva*) ou o *resultado* dele (ex.: a posse de menor raptada), quanto a coisa que venha a substituir a que foi objeto material do crime (ex.: o ouro resultante da fusão das jóias subtraídas, ou a coisa que veio a ser comprada com o dinheiro furtado), ou, finalmente, o *pretium criminis*. Os *instrumenta sceleris* não são proveito do crime: sua guarda clandestina ou ocultação, porém, se praticada com o fim de despistar a perseguição do criminoso, será favorecimento real".[1]

1 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 510.

Para que ocorra o favorecimento real, não poderá o agente ter, de alguma forma, concorrido para o crime anterior, que culminou com seu proveito. Assim, embora o art. 349 mencione o termo *coautoria*, na verdade, quer significar *concurso de pessoas*, abrangendo suas duas modalidades, isto é, a coautoria e a participação. O Código Penal utiliza o termo coautoria porque o mencionado artigo ainda faz parte daqueles que foram criados pelo Código de 1940, sendo que o Título IV de sua revogada Parte Geral cuidava do concurso de pessoas sob a denominação de *coautoria*. Dessa forma, a coautoria seria o gênero, do qual seriam suas espécies a coautoria, em sentido estrito, e a participação.

Não poderá o agente, portanto, ter concorrido, de qualquer modo, para o crime anterior.

Também menciona o citado art. 349 que não poderá ter havido receptação. Damásio de Jesus, com precisão, elenca as diferenças entre o favorecimento real e a receptação:

> "1ª) no favorecimento real o sujeito age exclusivamente em favor do autor do delito antecedente; na receptação, age em proveito próprio ou de terceiro, que não o autor do crime anterior;
>
> 2ª) no favorecimento o proveito pode ser econômico ou moral; na receptação o proveito só pode ser econômico;
>
> 3ª) no favorecimento real a ação do sujeito visa ao autor do crime antecedente; na receptação a conduta incide sobre o objeto material do crime anterior".[2]

Merece ser ressaltado, ainda, que o art. 349 do Código Penal vale-se da expressão *proveito de crime*, ficando afastado do tipo penal em estudo qualquer proveito que diga respeito, por exemplo, à prática de contravenção penal.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum com relação ao sujeito ativo e próprio no que diz respeito ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2ª, do Código Penal); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *favorecimento real*, não exigindo o tipo penal em estudo nenhuma qualidade ou condição especial.

O *sujeito passivo* é o Estado.

2 JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*, v. 4, p. 300.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *favorecimento real* ou, mais especificamente, a administração da justiça.

O objeto material é o proveito do crime.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma, como adverte Fragoso, "no momento e no lugar em que o auxílio idôneo for prestado pelo agente, ainda que a pessoa beneficiada não tenha conseguido o objetivo visado".[3]

Tratando-se de crime plurissubsistente, será possível o raciocínio relativo à tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Assim, se o agente, por exemplo, empresta ao autor do crime um galpão, com a finalidade de guardar vários aparelhos eletrônicos sem ter o conhecimento de que esses objetos haviam sido furtados, o fato será considerado um indiferente penal, tendo em vista que o erro do agente terá o condão de afastar o dolo e, consequentemente, o próprio delito de favorecimento real.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

A conduta de prestar auxílio importa em um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria na hipótese em que o garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para evitar a prática da infração penal, devendo responder pelo delito de favorecimento real, nos termos preconizados pelo art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *favorecimento real* é de detenção, de 1 (um) a 6 (seis) meses, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito de *favorecimento real*, em virtude da pena máxima cominada em abstrato, que não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo

3 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*, v. 2, p. 535.

art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível, também, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

9. DESTAQUE

9.1. Alegação de inexigibilidade de conduta diversa por parentes próximos

Pode ocorrer que o agente solicite a alguma daquelas pessoas elencadas no § 2º do art. 348 do Código Penal que lhe preste auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime. Nesse caso, poderia ser validada a tese da inexigibilidade de conduta diversa, tal como defendemos quando do estudo do delito de favorecimento pessoal? Aqui, a resposta só pode ser negativa. Uma coisa é você deixar de ajudar uma pessoa que lhe é muito próxima, a exemplo de um pai para com seu filho, evitando sua prisão, e outra, bem diferente, é auxiliá-la para que tenha sucesso no resultado final da sua empresa criminosa.

Nesse caso, não podemos adotar a tese da inexigibilidade de conduta diversa, mesmo supralegal, com a finalidade de eliminar a culpabilidade, pois que a conduta praticada, mesmo que por ascendente, descendente, cônjuge ou irmão, é reprovável e, portanto, merece responsabilização penal.

CAPÍTULO 106

INGRESSO, PROMOÇÃO, INTERMEDIAÇÃO, AUXILIO OU FACILITAÇÃO DE ENTRADA DE APARELHO TELEFÔNICO DE COMUNICAÇÃO MÓVEL, DE RÁDIO OU SIMILAR, SEM AUTORIZAÇÃO LEGAL, EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL

Art. 349-A. Ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional.

Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

1. INTRODUÇÃO

Em tese, a pena tem por finalidade a reprovação e a prevenção do crime. Dentre as finalidades preventivas, destaca-se a chamada prevenção especial negativa, que diz respeito ao fato de que com o cumprimento da pena, o Estado, momentaneamente, segrega o agente do convívio em sociedade, impedindo, assim, que venha a praticar novos crimes.

Esse raciocínio, no Brasil, tem sido pulverizado. Isso porque, devido à corrupção no sistema prisional, temos presenciado, através dos meios de comunicação, o fato de que os condenados, mesmo dentro de suas celas, continuam a praticar infrações penais, a exemplo do uso e tráfico de drogas, estupros, lesões corporais, homicídios, extorsões etc.

Os condenados, embora segregados do convívio em sociedade, muitas vezes continuam a praticar as mesmas infrações penais que cometiam quando estavam em liberdade. Para que isso ocorra, a comunicação *extra muros* é de fundamental importância. Mesmo que possam, ainda, se valer das cartas redigidas à mão, a

tecnologia permite que esse contato se dê com mais rapidez, através do uso, por exemplo, de rádios ou de aparelhos celulares.

Para que esses aparelhos possam chegar, ilegalmente, às mãos do preso, existem somente dois caminhos. O primeiro deles, que sejam fornecidos por alguém que trabalhe no próprio estabelecimento prisional, que, como regra, responderá pelo delito de corrupção passiva, dependendo da hipótese concreta, pois, normalmente, essa entrega somente ocorre após o funcionário público receber alguma vantagem indevida. A segunda forma de fazer com que esses aparelhos cheguem até os presos é através de alguém de fora do sistema prisional.

Quando esses aparelhos de comunicação são colocados, sem autorização legal, à disposição dos presos, uma série de infrações penais são cometidas, desde extorsões, onde simulam, para as famílias das vítimas, o sequestro de seus parentes, e exigem o depósito de determinado valor em dinheiro, ou mesmo créditos para ligações telefônicas, até o comando do crime organizado.

Por isso, a repressão ao comportamento daquele que, de alguma forma, faz com que esses aparelhos de comunicação cheguem até o interior do estabelecimento prisional, torna-se necessária.

Visando, portanto, impedir que o preso tenha, indevidamente, acesso a esses aparelhos de comunicação, a Lei nº 12.012, de 6 de agosto de 2009, inseriu o art. 349-A ao Código Penal, com a seguinte redação, *verbis*:

> Art. 349-A. Ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar a entrada de aparelho telefônico de comunicação, de rádio ou similar, sem autorização legal, em estabelecimento prisional.
>
> Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

Ingressar significa fazer com que efetivamente ingresse, entre no estabelecimento prisional; *promover* diz respeito a diligenciar, tomando as providências necessárias para a entrada; *intermediar* é interceder, intervir, servindo o agente como um intermediário entre o preso que deseja possuir o aparelho de comunicação e um terceiro, que se dispõe a fornecê-lo; auxiliar é ajudar de alguma forma; *facilitar* é remover os obstáculos, as dificuldades, permitindo a entrada do aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal.

Todos esses comportamentos proibidos pelo tipo penal em estudo tem por finalidade impedir a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel (celulares), de rádio (*walkie-talkies* etc.) ou similar (*pagers*, aparelhos que permitem o acesso à *internet* etc.) sem autorização legal, em estabelecimento prisional.

Por estabelecimento prisional podemos entender as penitenciárias, cadeias públicas, casas do albergado, enfim, qualquer estabelecimento que seja destinado ao recolhimento de presos, sejam eles provisório ou definitivamente condenados.

Conforme preleciona Rogério Sanches Cunha:

> "Com a novel incriminação, na esteira do art. 319-A do CP, o tipo quer proibir não a *comunicabilidade* do preso com o mundo exterior, mas a *intercomunicabilidade*, isto é, a transmissão de informações entre pessoas (sendo, pelo menos uma, habitante prisional)".[1]

A criatividade daqueles que desejam fazer com que esses aparelhos de comunicação cheguem até os presos não tem limite. Todos os recursos são utilizados com essa finalidade. Muitas mulheres, nos dias de visita, introduzem partes de aparelhos telefônicos móveis em suas partes íntimas (vagina e ânus); parentes e amigos levam bolos, tortas, pães "recheados" com telefones celulares; até mesmo pombos-correios são utilizados para fazer chegar esses aparelhos até os presos.

É importante ressaltar que, embora, à primeira vista, o tipo penal tenha por destino aqueles que não fazem parte do sistema penitenciário, vale dizer, que não exercem qualquer função dentro do sistema prisional, não será impossível a sua aplicação a algum funcionário público que, sem receber qualquer vantagem com isso, de alguma forma facilite, por exemplo, a entrada desses aparelhos, ou mesmo que faça a intermediação entre o preso e alguém que se encontra fora do sistema.

No entanto, caso o funcionário público receba alguma vantagem indevida para, por exemplo, fazer chegar às mãos do preso – provisório ou definitivo – algum aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, o fato se subsumirá ao tipo do art. 317 do Código Penal, que prevê o delito de corrupção passiva, cuja pena é significativamente maior do que aquela prevista para o delito em análise.

Para que ocorra este delito as condutas deverão ser levadas a efeito sem que, para tanto, haja *autorização legal*. Em havendo a mencionada autorização, o fato será considerado atípico.

Pela situação topográfica do artigo, podemos entendê-lo como uma modalidade especial de favorecimento real.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tendo em vista que o tipo penal não exige qualquer qualidade ou condição especial para o sujeito ativo; doloso; comissivo (no que diz respeito às condutas de ingressar, promover, intermediar, auxiliar e facilitar) e omissivo

[1] CUNHA, Rogério Sanches. *Comentários à reforma penal de 2009 e a convenção de Viena sobre o direito dos tratados*, p. 31.

próprio (pois o núcleo facilitar permite os dois raciocínios); de forma livre; instantâneo; monossubjetivo; monossubsistente; não transeunte (haja vista a necessidade de ser apreendido o aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar).

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa poderá ser sujeito ativo do delito tipificado no art. 349-A do Código Penal, tendo em vista que o tipo penal não exige qualquer qualidade ou condição especial.

Merece ser frisado o fato de que é possível o próprio preso, que se encontra dentro do estabelecimento prisional, pode levar a efeito um dos comportamentos previstos pelo tipo penal em estudo. Renato Marcão, com a precisão que lhe é peculiar, adverte:

> "Não se pode excluir a possibilidade de algum preso, por exemplo, quando do gozo de permissão de saída (art. 120 da LEP) ou de saída temporária (art. 122 da LEP), ao retornar praticar uma das condutas reguladas.
>
> Mesmo estando preso, dentro dos limites de estabelecimento prisional fechado, é possível que o agente venha a *promover, intermediar ou auxiliar* a entrada de aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, sem autorização legal, naquele estabelecimento prisional em que se encontrar ou em outro."[2]

Sujeito passivo é o Estado.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo constante do art. 349-A do Código Penal e, mais especificamente, a administração da justiça.

O objeto material é o aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando, após a prática de qualquer das condutas previstas no tipo do art. 349-A do Código Penal (*ingressar, promover, intermediar, auxiliar ou facilitar*), o aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar chega, sem autorização legal, às mãos de alguém que se encontra preso no estabelecimento prisional.

2 MARCÃO, Renato. *Lei nº 12.012, de 6 de agosto de 2009: ingresso de aparelho de telefonia celular em estabelecimento penal.* Disponível em http://jusvi.com/artigos/41374 (acesso em 18.08.2009).

Em sentido contrário, Rogério Sanches Cunha assevera que:

> "O crime é de mera conduta, consumando-se com a prática de qualquer um dos núcleos, independentemente de se o aparelho chegou até seu destinatário."[3]

Em se tratando de um delito plurissubsistente, torna-se admissível a tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade culposa.

Embora não haja essa orientação expressa no tipo, as condutas previstas devem ser praticadas no sentido de fazer com que o aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar chegue às mãos daquele que se encontra preso no interior do estabelecimento prisional.

Assim, por exemplo, se alguém, mesmo que contrariando as normas expressas do sistema prisional, vier a fazer uma visita a alguém portando seu aparelho de telefone celular, como a finalidade do agente não era a de entregá-lo a algum detento que ali se encontrava encarcerado, o fato deverá ser considerado atípico, mesmo que, aparentemente, se amolde à figura constante do art. 349-A do Código Penal.

Da mesma forma, aquele que, por descuido, devido ao fato de portar mais de um aparelho celular, embora durante uma visita ao sistema penitenciário, tivesse deixado um deles aos cuidados da administração prisional, mas conseguisse, por uma falha na revista, nele ingressar com um segundo aparelho, não poderia responder pelo delito em estudo.

Como se percebe, para que alguém possa ser responsabilizado pelo delito em estudo, faz-se mister a demonstração de seu dolo, mesmo que não se consiga apontar, no caso concreto, quem seria o beneficiado com a entrada do aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar no estabelecimento prisional.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos *ingressar, promover, intermediar e auxiliar* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente, enquanto que a conduta de *facilitar* pode ser entendida tanto comissiva, quanto omissivamente.

Assim, por exemplo, imagine a hipótese em que um agente penitenciário, encarregado de fazer a revista nos dias de visita aos presos de um determinado estabelecimento penitenciário, percebendo que alguém trazia consigo,

3 CUNHA, Rogério Sanches. *Comentários à reforma penal de 2009 e a convenção de Viena sobre o direito dos tratados*, p. 32.

escondido, costurado na bainha de sua calça jeans, um aparelho de telefone celular, nada faz para impedir a entrada do mencionado aparelho, sabendo que seria entregue a um dos detentos, que comandava o crime organizado de dentro daquele local.

Nesse caso, podemos, inclusive, visualizar o concurso de pessoas entre o agente, e o preso, bem como aquele que ingressou no estabelecimento prisional com o telefone celular, mesmo que, por hipótese, os demais não soubessem que a entrada do aludido aparelho havia sido dolosamente facilitada pelo servidor público.

Como o núcleo *facilitar* pode ser entendido em um sentido amplo, entendemos que, *in casu*, esse comportamento, quando praticado omissivamente por aquele que tinha o dever de impedir o resultado, importará em uma omissão própria, já que o comportamento está expressamente previsto no tipo penal, não se cuidando, assim, de um delito comissivo por omissão (ou omissivo impróprio).

8. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito tipificado no art. 349-A do Código Penal é de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Tendo em vista a pena máxima cominada em abstrato, competirá, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal, o processo e julgamento do delito em exame.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

9. DESTAQUES

9.1. Falta grave

O inciso VII, acrescentado ao art. 50 da Lei de Execução Penal, assevera que comete falta grave o condenado à pena privativa de liberdade que tiver em sua posse, utilizar ou fornecer aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo.

9.2. Concurso de pessoas

Embora, à primeira vista, o art. 349-A do Código Penal seja dirigido a pessoas que não estejam nos estabelecimento prisionais, entendemos que se o preso – provisório ou definitivo – houver solicitado o aparelho telefônico de comunicação móvel, de rádio ou similar, deverá ser responsabilizado pelo mencionado delito, aplicando-se, outrossim, a regra relativa ao art. 29 do Código Penal.

9.3. Omissão de dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar

Caso o diretor de penitenciária e/ou agente público deixe de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo, deverá ser responsabilizados pelo delito tipificado no art. 319-A do Código Penal.

Devemos ressaltar que o diretor e o agente público não podem ter contribuído para o ingresso dos referidos aparelhos no sistema penitenciário, pois, caso contrário, responderão pelo delito previsto pelo art. 349-A do Código Penal.

Capítulo 107

Exercício Arbitrário ou Abuso de Poder

Exercício arbitrário ou abuso de poder

Art. 350. Ordenar ou executar medida privativa de liberdade individual, sem as formalidades legais ou com abuso de poder:

Pena – detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre o funcionário que:

I – ilegalmente recebe e recolhe alguém a prisão ou a estabelecimento destinado à execução de pena privativa de liberdade ou de medida de segurança;

II – prolonga a execução de pena ou de medida de segurança, deixando de expedir em tempo oportuno ou de executar imediatamente a ordem de liberdade;

III – submete pessoa que está sob sua guarda ou custódia a vexame ou a constrangimento não autorizado em lei;

IV – efetua, com abuso de poder, qualquer diligência.

1. INTRODUÇÃO

O art. 350 do Código Penal foi revogado pelos tipos penais constantes dos arts. 3º e 4º da Lei nº 4.898, de 9 de dezembro de 1965, que regulou o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa, civil e penal nos casos de abuso de autoridade.

Apesar de alguma controvérsia, como esclarece Rui Stoco, "tem a jurisprudência reiteradamente entendido que o art. 350 do CP foi absorvido pela Lei nº 4.898/65".[1]

Dessa forma, deixaremos de tecer comentários sobre a mencionada legislação especial, tendo em vista que adentraríamos no estudo de um diploma específico, fugindo à finalidade desta obra.

1 STOCO, Rui. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*, v. 2, p. 36.

Capítulo 108

Fuga de Pessoa Presa ou Submetida a Medida de Segurança

Fuga de pessoa presa ou submetida a medida de segurança

Art. 351. Promover ou facilitar a fuga de pessoa legalmente presa ou submetida a medida de segurança detentiva:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

§ 1º Se o crime é praticado a mão armada, ou por mais de uma pessoa, ou mediante arrombamento, a pena é de reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.

§ 2º Se há emprego de violência contra pessoa, aplica-se também a pena correspondente à violência.

§ 3º A pena é de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, se o crime é praticado por pessoa sob cuja custódia ou guarda está o preso ou o internado.

§ 4º No caso de culpa do funcionário incumbido da custódia ou guarda, aplica-se a pena de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

1. INTRODUÇÃO

O art. 144 da Constituição Federal diz que a segurança pública é um dever do Estado e, ao mesmo tempo, direito e responsabilidade de todos. Muitas vezes, para que essa segurança seja preservada, o Estado tem de lançar mão de uma de suas medidas mais drásticas, que é a privação da liberdade de um ser humano, que nasceu para ser livre.

Uma vez obedecidas as normas pertinentes, havendo necessidade, poderá o Estado-Juiz, portanto, determinar a prisão de alguém, ou a sua internação forçada em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, ou, à sua falta, outro estabelecimento adequado.

Alguém, no entanto, poderá insurgir-se contra tal decisão extrema, o que é normal. Contudo, deverá observar as "regras do jogo", isto é, a legislação pertinente, para efeitos de tentar trazer de volta à liberdade aquele que a teve cerceada em razão de uma decisão legítima do Estado, podendo solicitar a reconsideração ao próprio juiz que determinou a prisão ou a internação, recorrer a instâncias superiores, impetrar *habeas corpus* etc. O que não se admite é que o sujeito se valha de recursos ilegais e criminosos para colocar alguém em liberdade.

Por essa razão, foi criado o delito de *fuga de pessoa presa ou submetida a medida de segurança,* tipificado no art. 351 do Código Penal, de onde podemos destacar os seguintes elementos: a) a conduta de *promover* ou *facilitar* a fuga; b) de pessoa legalmente presa; c) ou submetida a medida de segurança detentiva.

Promover a fuga, assevera Hungria,

> "é levá-la a efeito, praticando todos os atos necessários à sua execução, haja, ou não, prévia ciência do beneficiário. *Facilitar* a fuga é prestar auxílio à executada pelo próprio preso ou internado, como, por exemplo, fornecendo instrumentos (limas, serras, escadas, cordas etc.) ou meios de disfarce, ou instruções úteis. Não há confundir o auxílio prestado para a fuga-libertação (art. 351) e o prestado a criminoso em liberdade, para eximi-lo à ação da autoridade pública, pois, neste último caso, o que se apresenta é o crime de favorecimento pessoal (art. 348)".[1]

As condutas devem ser dirigidas em benefício de pessoa *legalmente* presa ou submetida a medida de segurança detentiva. Diz o inciso LXI do art. 5º da Constituição Federal que *ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.* O inciso LXVII do mesmo artigo constitucional diz ainda que *não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel.*

A prisão de natureza penal poderá ser *cautelar* (prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão temporária)[2] ou *definitiva* (quando o agente já goza do *status* de condenado, após o trânsito em julgado da decisão condenatória), podendo estar sendo cumprida ou efetivada em qualquer estabelecimento carcerário (penitenciárias, delegacias de Polícia etc.).

1 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 518.

2 A prisão em virtude de sentença penal condenatória recorrível e a prisão em virtude de sentença de pronúncia, que também se encontravam no rol das prisões de natureza cautelar, foram revogadas, respectivamente, pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008, e pela Lei nº 11.689, de 9 de junho de 2008.

Poderá, também, o sujeito estar preso *intramuros* ou *extramuros*, ou seja, dentro ou mesmo fora de um estabelecimento penal, a exemplo daquele que se encontra no interior de uma viatura policial, após ter sido preso em flagrante delito.

Medida de segurança detentiva é aquela que é cumprida em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado, conforme o disposto no art. 96, I, do Código Penal, aplicável, como regra, ao inimputável e, excepcionalmente, ao semi-imputável, de acordo com os arts. 97 e 98 do mesmo diploma repressivo.

Assim, somente aquele que atua no sentido de promover ou facilitar a fuga daquele que se encontra internado nos mencionados estabelecimentos, por determinação judicial, constante de um processo criminal, é que deverá ser responsabilizado pelo delito em estudo, pois estaremos diante de uma medida de segurança. Com isso queremos afirmar que se o agente, por exemplo, facilitar a fuga de alguém que havia sido internado em um hospital psiquiátrico por determinação de um juízo cível, que não diz respeito à aplicação de medida de segurança, o fato não se subsumirá ao tipo penal do art. 351.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum com relação ao sujeito ativo e próprio quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (quanto às condutas de *promover* e *facilitar*), omissivo próprio (pois o núcleo *facilitar* pode ser entendido como omissivo próprio) ou, ainda, comissivo por omissão, na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, nada fizer para evitar que o sujeito promova ou facilite a fuga de pessoa legalmente presa ou submetida a medida de segurança detentiva; instantâneo; de forma livre; monossubjetivo; plurissubsistente (como norma); transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *fuga de pessoa presa ou submetida a medida de segurança*, uma vez que o tipo penal do art. 351 não exige nenhuma qualidade ou condição especial.

Sujeito passivo é o Estado.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *fuga de pessoa presa ou submetida a medida de segurança*, ou, mais especificamente, a administração da justiça.

O objeto material é pessoa presa ou submetida a medida de segurança detentiva.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando o preso ou aquele sujeito a medida de segurança detentiva consegue, efetivamente, fugir, ou seja, sair do local onde se encontrava sob a custódia do Estado por um espaço razoável de tempo.

Assim, não podemos entender como consumada a infração penal em estudo quando o preso ou sujeito submetido a medida de segurança detentiva, após ter sido promovida ou facilitada sua fuga pelo agente, é encontrado minutos após ter se evadido, ou se encontra sendo perseguido pelas autoridades, que haviam percebido o momento de sua fuga.

Nesses casos, por exemplo, entendemos que o delito restaria tentado, e, não, consumado.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *fuga de pessoa presa ou submetida a medida de segurança.*

No entanto, tratando-se de funcionário público encarregado da custódia ou guarda do preso ou do sujeito submetido a medida de segurança detentiva, o fato poderá ser punido a título de culpa, nos termos preconizados pelo § 4º do art. 351 do Código Penal.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Entendemos que o núcleo *promover* só pode ser praticado comissivamente; no entanto, a conduta de *facilitar* pode ser concebida tanto comissiva quanto omissivamente, tratando-se, neste último caso, de crime omissivo próprio.

Poderá o delito, ainda, ser praticado via omissão imprópria, na hipótese em que o garantidor, dolosamente, nada fizer para evitar a fuga que estiver sendo promovida ou facilitada pelo agente.

8. MODALIDADES QUALIFICADAS

Os §§ 1º e 3º do art. 351 do Código Penal preveem duas modalidades qualificadas do delito de *fuga de pessoa presa ou submetida a medida de segurança, verbis*:

> § 1º Se o crime é praticado a mão armada, ou por mais de uma pessoa, ou mediante arrombamento, a pena é de reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.
>
> § 3º A pena é de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, se o crime é praticado por pessoa sob cuja custódia ou guarda está o preso ou o internado.

Mão armada, na verdade, significa o mesmo que *emprego de arma,* sendo que esta última pode ser própria, isto é, destinada, precipuamente, ao ataque e defesa, a exemplo do que ocorre com as pistolas, fuzis etc., ou imprópria, vale dizer, aquela cuja destinação precípua não é o ataque e defesa, mas que se presta a esse fim, como ocorre com as facas de cozinha, cacos de vidros, pedaços de pau etc.

Por mais de uma pessoa entende-se, pelo menos, como duas, praticando atos tendentes a promover ou facilitar a fuga.

O *arrombamento,* ou seja, o rompimento de obstáculos materais, pode ocorrer não somente, por exemplo, na cela onde o sujeito se encontra preso, como também em qualquer outro lugar que tenha por finalidade impedir a entrada ou saída de pessoas, podendo-se falar em arrombamento de janelas, portas ou, até mesmo, como lembra Hungria, "o arrombamento em 'carro forte' em que seja encerrado o detento para transporte constituirá *qualificativa*".[3]

Importa, ainda, em um juízo maior de censura quando quem promove ou facilita a fuga de pessoa legalmente presa ou submetida a medida de segurança detentiva é a pessoa sob cuja custódia ou guarda está o preso ou o internado, tal como ocorre com os policiais ou agentes penitenciários encarregados da vigilância dos presos ou funcionários que trabalham em manicômios judiciários, cuja função é cuidar das pessoas ali internadas.

9. MODALIDADE CULPOSA

Como regra geral, não prevê a lei penal a modalidade culposa para o delito de *fuga de pessoa presa ou submetida a medida de segurança.*

No entanto, o fato ganha relevo quando quem atua culposamente é o funcionário incumbido da custódia ou guarda daquele que estava legalmente preso ou submetido a medida de segurança detentiva, sendo punido, nos termos do § 4º do art. 351 do Código Penal, com uma pena de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa.

Assim, imagine-se a hipótese em que um agente penitenciário se esqueça de trancar a cela onde se encontrava um preso ou, mesmo, aquele que, durante o plantão, durma em serviço, facilitando a fuga daquele que se encontrava sob sua custódia.

10. CONCURSO DE CRIMES

Se houver o emprego de violência contra pessoa, será aplicada também a pena correspondente à violência, nos termos previstos pelo § 2º do art. 351 do Código Penal, em concurso material de crimes.

3 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal,* v. IX, p. 518.

11. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena prevista para o *caput* do art. 351 do Código Penal é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

Se o crime for praticado a mão armada, ou por mais de uma pessoa, ou mediante arrombamento, a pena é de reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, conforme determina o § 1º do art. 351 do Código Penal.

Se há emprego de violência contra pessoa, aplica-se também a pena correspondente à violência, nos termos do § 2º do mesmo artigo.

O § 3º do art. 351 do Código Penal comina uma pena de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, se o crime é praticado por pessoa sob cuja custódia ou guarda esteja o preso ou o internado.

No caso de culpa do funcionário incumbido da custódia ou guarda, aplica-se a pena de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa, nos termos do § 4º do art. 351 do Código Penal.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento da infração penal constante do *caput*, bem como do § 4º do art. 351 do Código Penal, em virtude das penas máximas cominadas em abstrato, que não ultrapassam o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível, também, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, para os delitos previstos no *caput* e §§ 3º e 4º do art. 351 do Código Penal.

12. DESTAQUE

12.1. Código Penal Militar

Existe previsão no art. 178 do Código Penal Militar para o delito de *fuga de preso ou internado*, bem como, no art. 179, para a modalidade culposa, *verbis*:

> **Art. 178.** Promover ou facilitar a fuga de pessoa legalmente presa ou submetida a medida de segurança detentiva:
>
> Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.
>
> § 1º Se o crime é praticado a mão armada ou por mais de uma pessoa, ou mediante arrombamento:
>
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos.
>
> § 2º Se há emprego de violência contra pessoa, aplica-se também a pena correspondente à violência.

> § 3º Se o crime é praticado por pessoa sob cuja guarda, custódia ou condução está o preso ou internado:
>
> Pena – reclusão, até quatro anos.
>
> **Art. 179.** Deixar, por culpa, fugir pessoa legalmente presa, confiada à sua guarda ou condução:
>
> Pena – detenção, de três meses a um ano.

Capítulo 109

Evasão Mediante Violência Contra Pessoa

Evasão mediante violência contra pessoa

Art. 352. Evadir-se ou tentar evadir-se o preso ou o indivíduo submetido a medida de segurança detentiva, usando de violência contra a pessoa:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, além da pena correspondente à violência.

1. INTRODUÇÃO

A liberdade, como dissemos, é um dos bens mais preciosos do ser humano. No entanto, se alguém vier a praticar uma infração penal, ou mesmo um injusto típico, não culpável, poderá ver limitado esse direito, ficando preso ou submetido a medida de segurança detentiva.

Alguns autores dizem que, quando preso, o ser humano teria "direito" a tentar fugir para recuperar o seu *status* natural. Carrara diz que "o réu que para fugir emprega artifícios ou se aproveita da negligência daqueles que são encarregados de sua custódia, obedece a uma lei natural e deve ficar perdoado".[1]

A legislação penal brasileira não pune a evasão ou mesmo a simples tentativa de evasão do preso ou do indivíduo submetido a medida de segurança detentiva. O fato somente passa a ter relevo para o Direito Penal quando, para fugir, o agente utiliza violência contra a pessoa, conforme o disposto no art. 352 do Código Penal.

O mencionado artigo, no entanto, elevou ao *status* de crime consumado a mera tentativa de evasão, desde que empregada violência contra a pessoa. Assim, o evadir ou tentar evadir-se o preso ou o indivíduo submetido a medida

1 CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal*, v. 7, p. 392.

de segurança detentiva terão a mesma resposta penal, desde que praticados com o emprego de violência contra a pessoa.

Não haverá a infração penal em estudo se a violência for praticada contra coisa, na hipótese em que um preso, por exemplo, vier a destruir as grades da cela em que se encontrava recolhido, podendo, neste caso, ser responsabilizado pelo crime de dano qualificado, nos termos do art. 163, parágrafo único, inciso III, do Código Penal. Da mesma forma, em obediência ao princípio da legalidade, não poderá ser responsabilizado pelo delito de *evasão mediante violência contra pessoa* o preso que, ameaçando o agente penitenciário, fazendo-o crer que poderia determinar a morte de toda sua família, dele consegue as chaves necessárias para poder evadir-se daquele estabelecimento penal.

A evasão ou tentativa violenta de evasão poderá ocorrer *intramuros* ou *extramuros*.

A diferença entre a evasão e a tentativa de evasão deverá ser levada a efeito no momento da aplicação da pena. Não que a tentativa deva ser reconhecida como causa obrigatória de redução de pena, pois o delito em exame se amolda à ressalva constante do parágrafo único do art. 14 do Código Penal. No entanto, na fixação da pena-base, no momento de avaliação das circunstâncias judiciais, a efetiva evasão deverá ensejar punição maior do que a mera tentativa de evasão, embora as duas tenham recebido idêntico tratamento pelo art. 352 do Código Penal.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime próprio, tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso, comissivo (podendo, no entanto, ser cometido via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); instantâneo; de forma livre; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte; de atentado ou empreendimento.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Somente o preso ou o indivíduo submetido a medida de segurança detentiva é que poderá ser considerado *sujeito ativo* do delito de *evasão mediante violência contra pessoa.*

O sujeito passivo é o Estado.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *evasão mediante violência contra a pessoa* ou, mais especificamente, a administração da justiça.

O objeto material é a pessoa que foi vítima da violência.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando o agente consegue evadir-se ou, pelo menos, dá início à execução de sua fuga, usando violência contra a pessoa.

O delito tipificado no art. 352 do Código Penal se amolda à ressalva constante do parágrafo único do art. 14 do mesmo diploma legal, que diz:

> **Parágrafo único.** Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços.

Trata-se, portanto, de exceção à regra geral, segundo a qual, de acordo com a teoria objetiva temperada, moderada ou matizada, adotada pelo mencionado parágrafo único, a tentativa é elevada ao *status* do delito consumado, impedindo-se, com isso, a redução no terceiro momento do critério trifásico de aplicação da pena, previsto pelo art. 68 do Código Penal.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal que prevê o delito de *evasão mediante violência contra pessoa,* não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos *evadir* e *tentar evadir* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente.

No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para evitar a fuga violenta do preso ou do indivíduo submetido a medida de segurança detentiva.

Assim, imagine-se a hipótese em que um agente penitenciário, após perceber que um de seus colegas havia sido capturado pelos presos que, após o agredirem, tomaram dele as chaves da carceragem e fugiram. Mesmo devendo e podendo, o agente, entretanto, insatisfeito com suas condições de trabalho, nada faz para evitar a fuga, devendo, *in casu*, ser responsabilizado pelo delito tipificado no art. 352 do Código Penal, nos termos do art. 13, § 2º, do diploma repressivo.

8. CONCURSO DE CRIMES

Tendo em vista o disposto na parte final do preceito secundário do art. 352 do Código Penal, deverá ser aplicada a regra do concurso material entre os crimes de *evasão mediante violência contra pessoa* e aquele resultante da violência.

9. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *evasão mediante violência contra a pessoa* é de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, além da pena correspondente à violência.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento da infração penal em estudo, em virtude da pena máxima cominada em abstrato, que não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível, também, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

10. DESTAQUE

10.1. Código Penal Militar

No art. 180 do Código Penal Militar encontra-se previsto o delito de *evasão de preso ou internado, verbis*:

> **Art. 180.** Evadir-se, ou tentar evadir-se o preso ou internado, usando de violência contra a pessoa:
>
> Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, além da correspondente à violência.
>
> § 1º Se a evasão ou a tentativa ocorre mediante arrombamento da prisão militar:
>
> Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano.
>
> § 2º Se ao fato sucede deserção, aplicam-se cumulativamente as penas correspondentes.

Capítulo 110

Arrebatamento de Preso

> **Arrebatamento de preso**
>
> **Art. 353.** Arrebatar preso, a fim de maltratá-lo, do poder de quem o tenha sob custódia ou guarda:
>
> Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, além da pena correspondente à violência.

1. INTRODUÇÃO

Somos informados, por intermédio da imprensa, de fatos que nos causam preocupação. A sociedade, de um lado, amedrontada com o aumento da criminalidade; do outro, bandidos cada vez mais ousados e cruéis. Em muitos casos, a população se revolta e tenta fazer justiça com as próprias mãos, castigando fisicamente aqueles que praticaram uma infração penal.

Com a finalidade de inibir esse tipo de comportamento, foi criado o delito de *arrebatamento de preso,* previsto no art. 353 do Código Penal. De acordo com a redação típica, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de arrebatar preso; b) a fim de maltratá-lo, do poder de quem o tenha sob custódia ou guarda.

Arrebatar significa tomar das mãos, arrancar, tirar. A conduta do agente, portanto, é dirigida finalisticamente no sentido de arrebatar *preso*, isto é, aquele que já se encontra sob a custódia ou guarda do Estado.

Trata-se de crime formal, de consumação antecipada, não havendo necessidade que o agente, efetivamente, consiga maltratar o preso, bastando, no entanto, que aja com essa finalidade.

Conforme lições de Hungria, "os *maus tratos* têm variada casuística, indo desde as vias de fato vexatórias até o extremo do *linchamento* (que ultimamente tem ocorrido com certa e alarmante frequência)".[1]

1 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 521.

Para que ocorra o delito em estudo, é necessário que o preso esteja sob a custódia ou guarda do Estado, podendo o fato acontecer *intramuros* ou *extramuros*, ou seja, dentro ou fora de um estabelecimento prisional, a exemplo do sujeito que quer arrancar do interior de uma viatura policial alguém que havia estuprado uma criança, e que tinha sido preso em flagrante delito, com a finalidade de agredi-lo.

Note-se que o art. 353 do Código Penal somente faz menção ao *preso*, e, não, ao indivíduo submetido a medida de segurança detentiva, sendo essa uma falha que não pode ser reparada por meio do recurso da analogia, posto que utilizada *in malam partem*.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum com relação ao sujeito ativo e próprio quanto ao sujeito passivo; doloso, comissivo (podendo, no entanto, ser cometido via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2ª, do Código Penal); instantâneo; de forma livre; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *arrebatamento de preso*, uma vez que o tipo penal do art. 353 não exige nenhuma qualidade ou condição especial.

O sujeito passivo é o Estado, bem como o preso que foi arrebatado.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *arrebatamento de preso* ou, mais especificamente, a administração da justiça.

O objeto material é o preso que foi arrebatado com a finalidade de ser maltratado.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma com o efetivo arrebatamento, ou seja, com a retirada do preso do poder de quem o tenha sob custódia ou guarda, independentemente do fato de ter o agente conseguido maltratá-lo, uma vez que se cuida de um crime formal.

Tratando-se de crime plurissubsistente, será possível o reconhecimento da tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo do art. 353 do Código Penal, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

O agente, portanto, para que responda pelo delito de *arrebatamento de preso*, deverá conhecer todos os elementos que integram a figura típica, pois, caso contrário, poderá ser arguido o erro de tipo. Assim, imagine-se a hipótese daquele que, após ter sido vítima de um crime de roubo, percebendo que o autor do crime contra o patrimônio havia sido preso por populares, desconhecendo o fato de que já se encontrava sob a custódia do Estado, pois ali somente se encontravam policiais civis não fardados, arrebata o meliante com a finalidade de maltratá-lo. Nesse caso, o agente somente poderia ser responsabilizado pela violência praticada ou mesmo pela sua tentativa, não podendo responder pelo delito de *arrebatamento de preso*, em face do seu desconhecimento no que dizia respeito ao fato de este último já se encontrar sob a custódia do Estado, uma vez que estamos diante de um crime contra a administração da justiça.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo *arrebatar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente.

No entanto, o delito poderá ser praticado via omissão imprópria na hipótese em que o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para evitar o arrebatamento do preso que estava sob sua custódia ou guarda, devendo responder pelo delito tipificado no art. 353 do Código Penal, nos termos preconizados pelo art. 13, § 2ª, do mesmo diploma legal.

8. CONCURSO DE CRIMES

Tendo em vista o disposto na parte final do preceito secundário do art. 353 do Código Penal, deverá ser aplicada a regra do concurso material entre os crimes de *arrebatamento de preso* e aquele resultante da violência.

9. PENA, AÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *arrebatamento de preso* é de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, além da pena correspondente à violência.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Capítulo 111
Motim de Presos

Motim de presos

Art. 354. Amotinarem-se presos, perturbando a ordem ou disciplina da prisão:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, além da pena correspondente à violência.

1. INTRODUÇÃO

As rebeliões em cadeias públicas e penitenciárias têm acontecido com constante frequência. Presos se rebelam por inúmeros motivos, tenham eles justificativa ou não. Podem reivindicar desde um tempo maior para o banho de sol, até a permanência de um perigoso membro de uma facção criminosa, a fim de darem continuidade, mesmo que *intramuros*, aos seus negócios ilícitos, a exemplo do que ocorre com o tráfico de drogas.

Também é do conhecimento de todos que o Estado, o pior dos administradores, na maioria das vezes, não cumpre sua parte no sentido de fazer com que a privação da liberdade de alguém seja levada a efeito nos exatos limites impostos pela lei. Quem já entrou em algum presídio ou mesmo em uma cadeia pública com carceragem superlotada, percebe, com muita tranquilidade, que, não raras as vezes, os motins acontecem em razão das condições desumanas com que os presos são tratados. Na verdade, parecem mais mercadorias, que ficam empilhadas umas sobre as outras.

No entanto, o Estado deve manter a ordem e não pode permitir que a sua administração fique pior do que já se encontra. Os presos devem cumprir regras de comportamento, ditadas pela lei. Quando se rebelam, descumprindo as normas do cárcere, pode surgir o delito de *motim de presos*, tipificado no art. 354 do Código Penal. De acordo com a redação da mencionada figura típica, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de se amotinarem os presos; b) perturbando a ordem ou a disciplina da prisão.

O núcleo *amotinar* tem o sentido de revolta, alvoroço, agito. O art. 354 do Código Penal usa no plural a palavra *preso*, querendo significar, com isso, que estamos diante de um crime de concurso necessário, de condutas convergentes, isto é, praticadas com a mesma finalidade. Assim, para que ocorra a infração penal em estudo, será preciso que o motim seja praticado, no mínimo, por dois presos, embora, dificilmente, o motim ocorrerá com um número tão insignificante de pessoas.

Não existirá o delito se o motim ocorrer entre pessoas que não gozem do *status* de preso, seja ele provisório ou definitivo, a exemplo do que ocorre com aqueles sujeitos a medida de segurança detentiva.

A conduta praticada pelos presos amotinados deve perturbar a *ordem* ou a *disciplina* da prisão. A prisão, como já deixamos antever, diz respeito a qualquer estabelecimento prisional, isto é, não há necessidade que o motim ocorra no interior de uma penitenciária, podendo ser levado a efeito em delegacias de Polícia, ou mesmo no interior de um ônibus, cuja finalidade seja realizar o transporte de presos.

Vale, no entanto, a ressalva feita por Hungria, quando diz:

> "Cumpre não confundir atitudes coletivas de irreverência ou desobediência *ghândica* com o motim propriamente dito, que não se configura se não assume o caráter *militante* de violências contra os funcionários internos e depredações contra o respectivo edifício ou instalações, com grave perturbação da ordem ou disciplina da prisão".[1]

O inciso IV do art. 39 da Lei de Execuções Penais (LEP) diz que constitui um dever do condenado ou mesmo do preso provisório ter uma conduta oposta aos movimentos individuais ou coletivos de fuga ou de subversão à ordem ou à disciplina, fatos esses que, se levados a efeito, importarão em falta grave, nos termos preconizados pelos incisos I e II do art. 50 do mesmo diploma legal.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime próprio, tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo ou omissivo próprio (dependendo do modo como o crime é praticado); de forma livre; permanente; plurissubjetivo (pois exige o concurso de mais de uma pessoa para que possa se configurar); monossubsistente ou plurissubsistente (pois poderá ou não haver o fracionamento do *iter criminis* no caso concreto).

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Somente os presos podem ser *sujeitos ativos* do delito tipificado no art. 354 do Código Penal.

1 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 522.

O *sujeito passivo* é o Estado e, eventualmente, alguém que for vítima da violência praticada durante o motim.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *motim de presos*, ou, mais especificamente, a administração da justiça.

Não há objeto material.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando, com o motim dos presos, ou seja, com a reunião tumultuária, ocorre a efetiva perturbação da ordem ou disciplina da prisão.

Embora seja difícil a sua ocorrência, será possível o reconhecimento da tentativa, haja vista tratar-se de crime plurissubsistente.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo do art. 354 do Código Penal, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

A conduta de se amotinar pode ser praticada tanto comissiva quanto omissivamente, pois, conforme esclarece Guilherme de Souza Nucci, "embora o verbo *amotinar-se* tenha significado predominantemente comissivo, é perfeitamente possível uma rebelião passiva, caso os presos resolvam não sair de suas celas ou não desocupar o prédio interno, onde tomam banho de sol".[2]

8. CONCURSO DE CRIMES

Tendo em vista o disposto na parte final do preceito secundário do art. 354 do Código Penal, deverá ser aplicada a regra do concurso material entre os crimes de *motim de presos* e aquele resultante da violência.

9. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *motim de presos* é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, além da pena correspondente à violência.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

2 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 1.093.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito tipificado no art. 354 do Código Penal, em virtude da pena máxima cominada em abstrato, que não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível, também, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

10. DESTAQUE

10.1. Falta grave

A Lei nº 12.433, de 29 de junho de 2011, alterou o art. 127 da Lei de Execução Penal para prever que, em caso de falta grave, o juiz poderá revogar até 1/3 (um terço) do tempo remido, observado o disposto no art. 57, recomeçando a contagem a partir da data da infração disciplinar.

CAPÍTULO 112
PATROCÍNIO INFIEL

Patrocínio infiel

Art. 355. Trair, na qualidade de advogado ou procurador, o dever profissional, prejudicando interesse, cujo patrocínio, em juízo, lhe é confiado:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

Patrocínio simultâneo ou tergiversação

Parágrafo único. Incorre na pena deste artigo o advogado ou procurador judicial que defende na mesma causa, simultânea ou sucessivamente, partes contrárias.

1. INTRODUÇÃO

O art. 133 da Constituição Federal assevera que o *advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.*

Existe uma relação de confiança entre o cliente e seu advogado. Muitas vezes, fatos graves, que se encontravam ocultos, são confessados ao advogado na esperança de serem por ele solucionados. A quebra dessa relação de confiança poderá importar na prática da infração penal prevista no art. 355 do estatuto repressivo, cujo tipo contém os seguintes elementos: a) a conduta de *trair*, na qualidade de advogado ou procurador, o dever profissional; b) prejudicando interesse; c) cujo patrocínio, em juízo, lhe é confiado.

O núcleo trair importa no comportamento daquele que é infiel, que quebrou a confiança que nele havia sido depositada. No artigo em exame, o autor da traição é o *advogado*, isto é, o bacharel em Direito regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil, que atendeu às exigências constantes do art. 8º da Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994, bem como o *procurador*, isto é, aquele, segundo Ney Moura Telles, "admitido a procurar em juízo, o provisionado, o

estagiário ou o defensor nomeado, em circunstâncias especiais, para promover a defesa em juízo".[1]

Há necessidade, para efeito de reconhecimento do delito de *patrocínio infiel*, que a conduta do agente cause prejuízo ou, pelo menos, tenha sido dirigida finalisticamente no sentido de causá-lo, quando, então, neste caso, poderá ser reconhecida a tentativa.

O prejuízo poderá ser de qualquer natureza – moral ou material –, devendo, no entanto, referir-se a interesse legítimo, pois, como adverte Noronha, "contrariar pretensão ilícita ou ilegal não é causar prejuízo. Poderá haver, entretanto, falta de ética profissional".[2]

O interesse prejudicado deve ter sido levado a *juízo* e patrocinado pelo agente. Aqui, não importa que o seu mandato tenha sido materializado numa procuração escrita, ou que tenha recebido os poderes verbalmente; se o seu patrocínio era oneroso ou gratuito; se foi indicado voluntariamente pelo interessado ou designado judicialmente.

Não importa, ainda, a natureza do juízo a que é submetido o interesse que fora prejudicado pelo patrocínio infiel do agente, podendo tanto dizer respeito à Justiça Penal quanto à Justiça Civil (aqui entendida como gênero, abragendo a Justiça Trabalhista).

Se o comportamento do advogado ou do procurador, que causa prejuízo a interesse de seu patrocinado, for extrajudicial, não ocorrerá a figura típica em estudo, podendo, por exemplo, se for o caso, ser responsabilizado pelos delitos de *divulgação de segredo* ou *violação do segredo profissional*, previstos, respectivamente, nos arts. 153 e 154 do Código Penal.

O consentimento do ofendido no sentido de permitir que o advogado ou procurador pratique comportamentos que vão prejudicar seu interesse em Juízo afasta a ilicitude do fato, eliminando, consequentemente, a própria infração penal. No entanto, vale a ressalva feita por Noronha quando diz que

> "o consentimento do interessado exclui a ilicitude do fato, somente quando se tratar de interesse disponível, o que não ocorre na defesa criminal: o acusado não pode validamente consentir em ser condenado ou, de qualquer maneira, prejudicado, pois não está em jogo apenas interesse seu, mas também público ou da justiça, como é o da defesa penal".[3]

1 TELLES, Ney Moura. *Direito penal*, v. 3, p. 539.
2 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 429.
3 NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*, v. 4, p. 429.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime próprio com relação ao sujeito ativo e comum quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo ou omissivo (podendo a traição acontecer tanto por ação, quanto por inação do agente); instantâneo; de forma livre; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Crime próprio, somente o *advogado* ou o *procurador* pode figurar como *sujeito ativo* do delito de *patrocínio infiel.*

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como aquele prejudicado pelo patrocínio infiel.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *patrocínio infiel*, ou, mais especificamente, a administração da justiça.

O objeto material é pessoa que tem seu interesse prejudicado em virtude do comportamento praticado pelo agente.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando, após a traição praticada pelo agente, ocorre o prejuízo.

Será possível o reconhecimento da tentativa quando o agente, agindo no sentido de causar prejuízo ao seu patrocinado, traindo o seu dever profissional, não consegue produzi-lo por circunstâncias alheias à sua vontade.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa. Conforme esclarece Hungria, "sem intenção maléfica, não é identificável o crime. Assim, não se enquadrará no art. 355 o entendimento com o *ex adverso* sobre um acordo transacional razoável, ou qualquer fato comissivo ou omissivo decorrente de imprudência, negligência ou imperícia",[4] a exemplo do advogado que, negligentemente, perde o prazo para a interposição de recurso, deixa de contestar os pedidos constantes da inicial etc.

4 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 525.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo *trair* pode ser entendido tanto comissiva quanto omissivamente. O advogado ou procurador pode, portanto, prejudicar interesse de seu patrocinado seja fazendo, seja deixando de fazer alguma coisa.

8. PATROCÍNIO SIMULTÂNEO OU TERGIVERSAÇÃO

O parágrafo único do art. 355 do Código Penal prevê o delito de *patrocínio simultâneo ou tergiversação* dizendo:

> **Parágrafo único.** Incorre na pena deste artigo o advogado ou procurador judicial que defende na mesma causa, simultânea ou sucessivamente, partes contrárias.

Conforme esclarece Fragoso,

> "na forma de patrocínio simultâneo, o agente contemporaneamente defende interesses opostos (por si ou através de terceiros, que serão coautores). No patrocínio *sucessivo* (tergiversação), o agente passa de um lado ao outro, assumindo o patrocínio da parte adversária".[5]

O delito se consuma no momento em que o agente pratica qualquer ato, em Juízo, que importe em defesa da parte contrária a quem vinha patrocinando, devendo ser ressaltado que, ao contrário da infração penal tipificada no *caput* do art. 355 do Código Penal, o parágrafo único não exige a ocorrência de qualquer prejuízo, para efeitos de reconhecimento do *summatum opus*.

Não se pode descartar a possibilidade de tentativa no delito de *patrocínio simultâneo ou tergiversação*, embora seja de difícil ocorrência.

9. PENA, AÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada aos delitos de *patrocínio infiel* e *patrocínio simultâneo ou tergiversação* é de detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

5 FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal*, v. 2, p. 554.

Capítulo 113

Sonegação de Papel ou Objeto de Valor Probatório

> **Sonegação de papel ou objeto de valor probatório**
>
> **Art. 356.** Inutilizar, total ou parcialmente, ou deixar de restituir autos, documento ou objeto de valor probatório, que recebeu na qualidade de advogado ou procurador:
>
> Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

1. INTRODUÇÃO

Sabemos que para o juiz chegar a uma decisão é necessário que considere todo o conjunto probatório constante dos autos de um processo. Se as provas não forem fortes o suficiente, o autor, como norma, deverá ver rejeitada sua pretensão, uma vez que o julgador declarará a improcedência do pedido. Toda decisão judicial que importe numa conclusão de procedência ou improcedência do pedido de condenação ou de absolvição etc., deverá ser levada a efeito dentro de um processo, que se materializa por meio daquilo que denominamos *autos*.

Assim, verifica-se, com clareza, que o Estado-Juiz necessita manifestar-se nos autos de um processo, valendo-se de todo o conjunto probatório para que possa chegar a uma decisão. Pode acontecer que um advogado, ou um procurador inescrupuloso, queira dificultar determinado julgamento, tentando, de alguma forma, destruir provas ou mesmo o próprio processo. Por essa e outras razões, foi criado o art. 356 do Código Penal, que prevê o delito de *sonegação de papel ou objeto de valor probatório*, que possui os seguintes elementos: a) as condutas de *inutilizar*, total ou parcialmente, ou *deixar de restituir*, autos, documento ou objeto de valor probatório; b) que recebeu na qualidade de advogado ou procurador.

Inutilizar significa tornar inútil, imprestável, danificar. Essa inutilização pode ser total ou parcial, isto é, o objeto material pode perder completamente sua

utilidade, ou passar a servir somente em parte. *Deixar de restituir* tem o sentido de não devolver, reter, sonegar.

As condutas devem ser dirigidas finalisticamente a inutilizar ou deixar de devolver *autos, documento ou objeto de valor probatório.* Os autos dizem respeito a um conjunto ordenado de peças constantes de um processo, sendo, no caso do artigo em exame, um processo judicial, tendo em vista que o art. 356 do Código Penal se encontra inserido no capítulo relativo aos crimes contra a administração da justiça. *Documento*, de acordo com a lição de Hungria, "é o papel escrito especial ou eventualmente destinado à prova de fato juridicamente relevante. *Objeto de valor probatório* é todo aquele que serve ou se pretende que possa servir de elemento de convicção acerca dos fatos em que qualquer das partes, no processo, funda sua pretensão".[1]

Para que ocorra o delito em estudo, determina o art. 356 do Código Penal que o agente tenha recebido os autos, documento ou objeto de valor probatório, na qualidade de advogado ou procurador, cujos conceitos já foram explicitados quando do estudo do artigo anterior, para o qual remetemos o leitor.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime próprio com relação ao sujeito ativo e comum quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (no que diz respeito à conduta de *inutilizar*) ou omissivo (quando o agente *deixa de restitutir*); instantâneo (na modalidade *inutilizar*) e permanente (quanto ao fato de *deixar de restituir*); de forma livre; monossubjetivo; monossubsistente ou plurissubsistente (dependendo da possibilidade, no caso concreto, de ser fracionado o *iter criminis*); transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Crime próprio, somente o advogado ou o procurador pode figurar como *sujeito ativo* do delito de *sonegação de papel ou objeto de valor probatório.*

O *sujeito passivo* é o Estado, bem como aquele prejudicado pela conduta praticada pelo sujeito ativo.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *sonegação de papel ou objeto de valor probatório* ou, mais especificamente, a administração da justiça.

O objeto material são os autos, o documento ou objeto de valor probatório.

1 HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*, v. IX, p. 528.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

De acordo com as lições de Damásio de Jesus,

> "na inutilização, o crime atinge o momento consumativo quando o objeto material perde o seu valor probatório (total ou parcial). Na forma de sonegação de autos, a consumação ocorre quando o sujeito, regularmente intimado, de acordo com a legislação processual, nega-se a devolvê-los. Na sonegação de documento ou objeto, consuma-se o crime quando o sujeito, legalmente solicitado à restituição, deixa de devolvê-lo por um lapso temporal juridicamente relevante".[2]

Tem-se entendido pelo reconhecimento da tentativa quando a conduta do agente diz respeito à inutilização, total ou parcial, de autos, documento ou objeto de valor probatório, haja vista, *in casu*, ser possível o fracionamento do *iter criminis*, ao contrário do que ocorre quando o agente deixa de restituí-los, inviabilizando a tentativa, tendo em vista tratar-se de omissão própria.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo do art. 356 do Código Penal, não tendo sido prevista a modalidade de natureza culposa.

Assim, somente quando o agente, dolosamente, vier a inutilizar, total ou parcialmente, ou deixar de restituir autos, documento ou objeto de valor probatório é que poderá ser responsabilizado pelo delito em estudo. Imagine-se, por exemplo, a hipótese em que um advogado, após retirar os autos do cartório judicial, resolve parar em um bar para beber um café e fumar um cigarro e, distraidamente, sem perceber, permite que o cigarro já aceso caia sobre os autos que se encontravam na mesa, fazendo com que sejam parcialmente destruídos; ou ainda o profissional do direito que, intimado a devolver os autos até determinada data, confunde os dias da semana e perde o prazo para devolução. Nesses casos, como se percebe, não há dolo, não se podendo cogitar da infração penal em estudo, por ausência de previsão expressa para a modalidade culposa.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo *inutilizar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente, ao passo que a conduta de *deixar de restituir* importa em omissão própria. No entanto, o delito poderá ser cometido via omissão imprópria quando o agente, garantidor, dolosamente, nada fizer para evitar que o sujeito pratique a conduta de inutilizar, total ou parcialmente, autos, documento ou objeto de valor probatório, devendo, portanto, ser responsabilizado nos termos preconizados pelo art. 13, § 2º, do Código Penal.

2 JESUS, Damásio. E. de. *Direito penal*, v. 4, p. 340.

8. PENA, AÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *sonegação de papel ou objeto de valor probatório* é de detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Capítulo 114
Exploração de Prestígio

Exploração de prestígio

Art. 357. Solicitar ou receber dinheiro ou qualquer outra utilidade, a pretexto de influir em juiz, jurado, órgão do Ministério Público, funcionário de justiça, perito, tradutor, intérprete ou testemunha:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. As penas aumentam-se de um terço, se o agente alega ou insinua que o dinheiro ou utilidade também se destina a qualquer das pessoas referidas neste artigo.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *exploração de prestígio* encontra-se tipificado no art. 357 do Código Penal. Cuida de hipótese similar àquela prevista pelo art. 332 do Código Penal, que cuida do delito de *tráfico de influência*, sendo importante lembrar que esta última infração penal, anteriormente às modificações que foram levadas a efeito pela Lei nº 9.127, de 16 de novembro de 1995, tinha a mesma rubrica do art. 357 do diploma repressivo, vale dizer, *exploração de prestígio*.

De acordo com a redação constante do art. 357 do Código Penal, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de *solicitar* ou *receber* dinheiro ou qualquer outra utilidade; b) a pretexto de influir em juiz, jurado, órgão do Ministério Público, funcionário da justiça, perito, tradutor, intérprete ou testemunha.

Solicitar deve ser entendido no sentido de pedir, requerer; *receber* tem o significado de aceitar. Ambas devem ter como objeto dinheiro (cédulas e moedas aceitas como meio de pagamento) ou qualquer outra utilidade (que deve ter uma natureza econômica, haja vista que, *in casu*, deverá ser procedida uma interpretação analógica, tendo o dinheiro como fórmula exemplificativa e a utilidade como fórmula genérica).

O agente atua, segundo a doutrina dominante, com uma finalidade especial, qual seja, a de influir em *juiz* (em qualquer grau de jurisdição), *jurado* (aquele que exerce uma função pública perante o Tribunal do Júri), *órgão do Ministério Público* (promotores e procuradores de Justiça), *funcionário de Justiça* (aquele que exerce suas funções perante o Poder Judiciário), *perito* (o *expertus* em determinado assunto ou matéria, que materializa o seu parecer através de laudos), *intérprete* (pessoa que serve de tradutor ou de intermediário para fazer compreender indivíduos que falam idiomas diferentes) ou *testemunha* (aquele que viu, ouviu, ou tem conhecimento de algum fato que deva ser trazido ao crivo do Poder Judiciário).

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2ª do Código Penal); instantâneo; de forma livre; monossubjetivo; monossubsistente ou plurissubsistente (dependendo da forma como o delito é praticado); transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *exploração de prestígio*, haja vista que o tipo penal em estudo não exige nenhuma qualidade ou condição especial.

Sujeito passivo é o Estado.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *exploração de prestígio* ou, mais especificamente, a administração da justiça.

Objeto material é o dinheiro ou qualquer outra utilidade.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, *solicita* dinheiro ou qualquer outra utilidade, independentemente do seu recebimento; na modalidade *receber*, somente quando houver a entrega do dinheiro ou qualquer outra utilidade ao agente é que se poderá concluir pela consumação.

Dependendo da forma como for praticado o delito, poderá ser reconhecida a tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

A doutrina dominante visualiza uma finalidade especial de agir no comportamento daquele que solicita ou recebe dinheiro ou qualquer outra utilidade *a pretexto de influir em juiz, jurado, órgão do Ministério Público, funcionário de justiça, perito, tradutor, intérprete ou testemunha.*

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos *solicitar* e *receber* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente.

No entanto, o delito poderá ser cometido via omissão imprópria quando o agente, garantidor, dolosamente, nada fizer para evitar que o sujeito pratique a conduta núcleo, devendo, portanto, ser responsabilizado nos termos preconizados pelo art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA

As penas aumentam-se de um terço, conforme determina o parágrafo único do art. 357 do Código Penal, se o agente alega ou insinua que o dinheiro ou utilidade também se destina a qualquer das pessoas referidas no *caput* do mencionado artigo.

Aqui, existe maior juízo de censura sobre o comportamento daquele que alega ou insinua que com o dinheiro ou a utilidade solicitada ou recebida corromperá qualquer das pessoas elencadas pelo art. 357 do Código Penal.

9. PENA, AÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *exploração de prestígio* é de reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

De acordo com o parágrafo único do art. 357 do Código Penal, as penas aumentam-se de um terço se o agente alega ou insinua que o dinheiro ou utilidade também se destina a qualquer das pessoas referidas no *caput* do mencionado artigo.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95, desde que não incida a majorante prevista no parágrafo único do art. 357 do Código Penal.

Capítulo 115

Violência ou Fraude em Arrematação Judicial

Violência ou fraude em arrematação judicial

Art. 358. Impedir, perturbar ou fraudar arrematação judicial; afastar ou procurar afastar concorrente ou licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem:

Pena – detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano, ou multa, além da pena correspondente à violência.

1. INTRODUÇÃO

O art. 358 do Código Penal prevê o delito de *violência ou fraude em arrematação judicial.* De acordo com a redação constante no mencionado tipo penal, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de *impedir, perturbar* ou *fraudar* arrematação judicial; b) *afastar* ou *procurar afastar* concorrente ou licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem.

Impedir significa obstruir, impossibilitar; *perturbar* tem o sentido de atrapalhar, tumultuar, embaraçar; *fraudar* importa em enganar, iludir, ludibriar. Todas essas condutas devem ser dirigidas à *arrematação judicial*, que diz respeito à venda, em hasta pública, levada a efeito pelo Poder Judiciário. Vicente Greco Filho preleciona:

> "A arrematação é o ato que consuma a expropriação de bens do devedor mediante alienação em hasta pública. A alienação pública de imóveis é feita mediante *praça*; a dos demais bens mediante *leilão*, ressalvada a competência de corretores da Bolsa de Valores, onde se faz a alienação de títulos da dívida pública. A arrematação é uma forma de transferência coativa da propriedade como ato público de império".[1]

1 GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*, v. 3, p. 82.

A segunda parte do art. 358 do Código Penal prevê a conduta de *afastar* (eliminar, colocar de lado, tirar do caminho) ou *procurar afastar* (tentar eliminar, tentar colocar de lado, tentar tirar do caminho) concorrente ou licitante, isto é, aquele que participa de um processo de licitação em sentido amplo, haja vista ser a concorrência uma das suas modalidades previstas no art. 22 da Lei nº 8.666/93.[2]

Para tanto, o agente vale-se do emprego de violência (*vis absoluta*, física), grave ameaça (*vis compulsiva*, moral), fraude (ardil, engodo), oferecimento de vantagem (que poderá possuir qualquer natureza – patrimonial, moral, sexual etc.).

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime comum, tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); instantâneo; de forma livre; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Qualquer pessoa pode ser *sujeito ativo* do delito de *violência ou fraude em arrematação judicial*, haja vista que o tipo penal em estudo não exige nenhuma qualidade ou condição especial.

O sujeito passivo é o Estado, bem como aquele que, de alguma forma, vier a ser prejudicado com o comportamento praticado pelo sujeito ativo.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *violência ou fraude em arrematação judicial* ou, mais especificamente, a administração da justiça.

O objeto material poderá ser o concorrente ou licitante contra o qual recai a conduta do agente.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma, na sua primeira parte, quando o agente, efetivamente, impede, perturba ou frauda arrematação judicial; na segunda parte, ocorre a consumação quando do emprego da violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento da vantagem.

2 ***Art. 22.*** *São modalidades de licitação: I – concorrência; II – tomada de preços; III – convite; IV – concurso; V – leilão.*

Tratando-se de crime plurissubsistente, será possível o reconhecimento da tentativa.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

As condutas de *impedir, perturbar* e *fraudar* arrematação judicial e a de *afastar* ou *procurar afastar* concorrente ou licitante por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente.

No entanto, o delito poderá ser cometido via omissão imprópria quando o agente, garantidor, dolosamente, nada fizer para evitar que o sujeito pratique a conduta núcleo, devendo, portanto, ser responsabilizado nos termos preconizados pelo art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. CONCURSO DE CRIMES

Tendo em vista o disposto na parte final do preceito secundário do art. 358 do Código Penal, deverá ser aplicada a regra do concurso formal impróprio, previsto na segunda parte do art. 70 do Código Penal, aplicando-se a regra do cúmulo material entre os crimes de *violência ou fraude em arrematação judicial* e aquele resultante da violência.

9. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *violência ou fraude em arrematação judicial* é de detenção, de 2 (dois) meses a 1 (um) ano, ou multa, além da pena correspondente à violência.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito em estudo, em virtude da pena máxima cominada em abstrato, que não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível, também, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Capítulo 116

Desobediência à Decisão Judicial sobre Perda ou Suspensão de Direito

Desobediência à decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito

Art. 359. Exercer função, atividade, direito, autoridade ou múnus, de que foi suspenso ou privado por decisão judicial:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

1. INTRODUÇÃO

As regras existentes em um Estado Democrático de Direito nos impõem um dever de obediência a todas as determinações judiciais, não importando a pessoa em face de quem seja proferida a decisão. Pode o Estado-Juiz, em determinadas situações, entender que alguém deva ser suspenso ou privado de exercer alguma função, atividade, direito ou múnus. Caso essa decisão seja desconsiderada, deverá o agente ser responsabilizado pelo delito de *desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito*, tipificado no art. 359 do Código Penal.

Embora a lei penal use o verbo *exercer*, utilizado, em geral, para demonstrar habitualidade, entendemos ser instantânea a infração penal em estudo, uma vez que a proibição diz respeito à prática de qualquer ato que importe em desobediência à decisão judicial que tenha suspenso ou privado o sujeito do exercício de:

> "*função*, encargo derivado de lei, convenção ou decisão judicial; *atividade*, que encerra as espécies de profissão, ofício ou ministério; *direito*, como o pátrio poder,[1] autoridade parental, político etc.; *autoridade*, que é o desempenho de

1 Hoje, reconhecido pelo Código Civil como *poder familiar*.

funções em que há competência para impor suas decisões; e *múnus*, derivado de lei ou de decisão judicial, como as de jurado, defensor dativo etc.".[2]

Não se configura na infração penal em estudo a desobediência à decisão de natureza administrativa, podendo, se for o caso, configurar-se no delito tipificado no art. 330 do Código Penal.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime próprio, tanto com relação ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); instantâneo; de forma livre; monossubjetivo; plurissubsistente; transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Crime próprio, somente aquele que teve sua função, atividade, direito, autoridade ou múnus suspenso ou privado por decisão judicial é que pode figurar como *sujeito ativo* do delito tipificado no art. 359 do Código Penal.

O *sujeito passivo* é o Estado.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

A Administração Pública é o bem juridicamente protegido pelo tipo penal que prevê o delito de *desobediência à decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito* ou, mais especificamente, a administração da justiça.

Não há objeto material.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

Consuma-se o delito em exame com o efetivo exercício de função, atividade, direito, autoridade ou múnus de que foi suspenso ou privado o agente por decisão judicial. Tratando-se de um crime instantâneo, para efeitos de consumação, basta que o sujeito tenha praticado um único ato que importe no exercício daquilo para o qual havia sido suspenso ou privado por decisão judicial.

Tratando-se de crime plurissubsistente, torna-se possível o reconhecimento da tentativa.

2 MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código penal interpretado*, p. 2.651.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo constante do art. 359 do Código Penal, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

O agente, portanto, deve ter conhecimento de que foi suspenso ou privado de exercer função, atividade, direito, autoridade ou múnus por decisão judicial, pois, caso contrário, poderá ser arguido o erro de tipo, afastando-se o dolo e, consequentemente, a própria infração penal.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo *exercer* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente.

No entanto, o delito poderá ser cometido via omissão imprópria quando o agente, garantidor, dolosamente, nada fizer para evitar que o sujeito pratique a conduta núcleo, devendo, portanto, ser responsabilizado nos termos preconizados pelo art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *desobediência à decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito* é de detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e o julgamento do delito em estudo, em virtude da pena máxima cominada em abstrato, que não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível, também, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

9. DESTAQUE

9.1. Crime de trânsito

Se o agente violar a suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor imposta com fundamento no Código de Trânsito, deverá ser responsabilizado pelo delito tipificado no art. 307 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997.

Capítulo 117

Contratação de Operação de Crédito

Contratação de operação de crédito

Art. 359-A. Ordenar, autorizar ou realizar operação de crédito, interno ou externo, sem prévia autorização legislativa:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

Parágrafo único. Incide na mesma pena quem ordena, autoriza ou realiza operação de crédito, interno ou externo:

I – com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei ou em resolução do Senado Federal;

II – quando o montante da dívida consolidada ultrapassa o limite máximo autorizado por lei.

1. INTRODUÇÃO

O Capítulo IV foi acrescentado pela Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000, ao Título XI da Parte Especial do Código Penal, passando a prever os chamados *crimes contra as finanças públicas*.

Tal inovação se deu poucos meses após a publicação da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que estabeleceu normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão pública, regulamentando, assim, o disposto no art. 165, § 9º, II, da Constituição Federal, que diz, *verbis*:

> § 9º Cabe à lei complementar:
>
> I – [...];
>
> II – estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta, bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos.

Foram criados, assim, oito novos tipos penais, que tem como bem juridicamente protegido as finanças públicas. No *caput* do art. 359-A encontra-se a previsão para o delito de *contratação de operação de crédito*, de onde podemos extrair os seguintes elementos: a) a conduta de *ordenar, autorizar* ou *realizar* operação de crédito; b) interno ou externo; c) sem prévia autorização legislativa.

Ordenar tem o sentido de determinar, mandar que se faça; *autorizar* deve ser entendido como permitir que se faça; *realizar* importa em tornar real, efetivo, concretizar. Os comportamentos devem ser dirigidos à operação de crédito, cujo conceito se encontra previsto no inciso III do art. 29 da Lei Complementar nº 101/00, que diz ser ela o *compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com o uso de derivativos financeiros*. Deve ser ressaltado, ainda, que o § 1º do art. 29 da Lei de Responsabilidade Fiscal ainda equipara à operação de crédito a assunção, o reconhecimento ou a confissão de dívidas pelo ente da Federação, sem prejuízo do cumprimento das exigências constantes dos seus arts. 15 e 16.

Operação de crédito interno é aquela realizada no âmbito nacional; externa é a operação levada a efeito no exterior, devendo-se lembrar, nos termos do inciso IV do § 1º do art. 32 da Lei Complementar nº 101/2002, da necessidade de autorização específica do Senado Federal, quando se tratar de operação de crédito externo.

As condutas de ordenar, autorizar e realizar operação de crédito, interno ou externo, somente poderão ser consideradas como típicas se não houver a necessária e prévia autorização legislativa. Conforme assevera Cezar Roberto Bitencourt,

> "esse elemento normativo – autorização legislativa anterior – constitui uma espécie de condição de procedimento administrativo do agente público, sem o qual sua conduta não pode ser realizada, sob pena de cometer crime. Em outros termos, a existência de autorização legislativa torna o fato atípico".

E continua o renomado professor gaúcho dizendo:

> "*Autorização legislativa* não se confunde com *autorização legal*. Alguns órgãos públicos não têm seus atos condicionados a autorização legislativa, como autarquias, empresas públicas ou o Poder Judiciário, o Ministério Público etc. Essas instituições, órgãos ou entidades públicas, em regra, têm suas atividades, atos e ações disciplinados em lei e não apenas em *autorização legislativa*".[1]

1 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*, v. 4, p. 607.

Trata-se de tipo misto alternativo, em que a prática de mais de uma conduta importará em infração penal única.

O parágrafo único do art. 359-A do Código Penal assevera que incide na mesma pena quem ordena, autoriza ou realiza operação de crédito, interno ou externo:

> I – com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei ou em resolução do Senado Federal.
>
> II – quando o montante da dívida consolidada ultrapassa o limite máximo autorizado por lei.

Esclarecem Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini:

> "No primeiro, a preocupação refere-se à não observância de limites, condição ou montante previamente estabelecidos, seja em lei, seja em resolução do Senado Federal. O segundo refere-se à possibilidade de o agente público praticar qualquer das ações mencionadas no *caput* quando o montante da dívida consolidada ultrapassar o valor máximo autorizado para a sua realização. Esta, nos termos do inc. I do art. 29 da LRF, corresponde ao montante das obrigações financeiras do ente da Federação, assumidas em virtude de lei, contratos, convênios ou tratados e da realização de operações de crédito, para amortização em prazo superior a doze meses".[2]

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime próprio, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); de forma vinculada; instantâneo; monossubjetivo; monossubsistente ou plurissubsistente (dependendo da forma como o delito for praticado, poderá ou não ser fracionado o *iter criminis*); não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Somente o funcionário público competente para ordenar, autorizar ou realizar operação de crédito pode ser considerado *sujeito ativo* do delito de *contratação de operação de crédito*.

O *sujeito passivo* é o Estado.

2 GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *Crimes de responsabilidade fiscal*, p. 41.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

O tipo penal que prevê o delito de *contratação de operação de crédito* tem por finalidade proteger as finanças públicas e, em um sentido mais amplo, a própria Administração Pública.

O objeto material é a operação de crédito.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, ordena, autoriza ou realiza operação de crédito, interno ou externo, sem prévia autorização legislativa, ou com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei ou em resolução do Senado Federal, ou quando o montante da dívida consolidada ultrapassa o limite máximo autorizado por lei.

Poderá ser reconhecida a tentativa desde que, no caso concreto, se possa fracionar o *iter criminis*.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

Assim, se o agente, por exemplo, negligentemente, se confunde quanto ao limite, condição ou montante estabelecido por lei ou resolução do Senado Federal, o fato deverá ser considerado atípico, aplicando-se, *in casu*, o raciocínio relativo ao erro de tipo.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos *ordenar, autorizar* e *realizar* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, será possível a prática do delito via omissão imprópria quando o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para impedir a prática de qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo penal em estudo, devendo ser responsabilizado pelo delito de *contratação de operação de crédito*, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *contratação de operação de crédito* é de reclusão, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito em estudo, em virtude da pena máxima cominada em

abstrato, que não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível, também, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

9. DESTAQUES

9.1. Crime de responsabilidade do Presidente da República

Poderá o Presidente da República ser responsabilizado por crime de responsabilidade, previsto nos itens 6 e 9, que foram acrescentados pela Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000, ao art. 10 da Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, *verbis*:

> **Art. 10.** São crimes de responsabilidade contra a lei orçamentária:
>
> [...];
>
> 6) ordenar ou autorizar a abertura de crédito em desacordo com os limites estabelecidos pelo Senado Federal, sem fundamento na lei orçamentária ou na de crédito adicional ou com inobservância de prescrição legal;
>
> [...];
>
> 9) ordenar ou autorizar, em desacordo com a lei, a realização de operação de crédito com qualquer um dos demais entes da Federação, inclusive suas entidades da administração indireta, ainda que na forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente.

9.2. Crime de responsabilidade do prefeito municipal

A Lei nº 10.028, de 19 de outubro de 2000, acrescentou o inciso XX ao art. 1º do Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967, prevendo, assim, mais uma hipótese de crime de responsabilidade do prefeito municipal, quando este:

> XX – ordenar ou autorizar, em desacordo com a lei, a realização de operação de crédito com qualquer um dos demais entes da Federação, inclusive suas entidades da administração indireta, ainda que na forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente.

Capítulo 118

Inscrição de Despesas não Empenhadas em Restos a Pagar

Inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar

Art. 359-B. Ordenar ou autorizar a inscrição em restos a pagar, de despesa que não tenha sido previamente empenhada ou que exceda limite estabelecido em lei:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar* encontra-se tipificado no art. 359-B do Código Penal, do qual podemos extrair os seguintes elementos: a) a conduta de *ordenar* ou *autorizar* a inscrição em restos a pagar; b) de despesa que não tenha sido previamente empenhada; c) ou que exceda limite estabelecido em lei.

Ordenar tem o sentido de determinar, mandar que se faça; *autorizar* deve ser entendido como permitir que se faça. De acordo com o art. 36 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que estatui normas gerais de direito financeiro para a elaboração e o controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, *consideram-se restos a pagar as despesas empenhadas mas não pagas até o dia 31 de dezembro distinguindo-se as processadas das não processadas.*

O *empenho de despesa*, conforme esclarece o art. 58 da mencionada Lei nº 4.320/64, é o ato emanado de autoridade competente que cria para o Estado obrigação de pagamento pendente ou não de implemento de condição, o qual não pode exceder o limite dos créditos concedidos (art. 59), sendo vedada a realização de despesa sem prévio empenho (art. 60). Para cada empenho será extraído um documento denominado "nota de empenho" que indicará o nome do credor, a representação e a importância da despesa, bem como a dedução desta do saldo da dotação própria (art. 61).

Assim, conforme conclui Guilherme de Souza Nucci,

> "veda este artigo que o agente público ordene ou autorize a inscrição em restos a pagar [...] de despesa que ainda não foi empenhada ou que, apesar de ter sido, excedeu o limite estabelecido na lei. Logo, evita-se deixar para o ano seguinte e, principalmente, para outro administrador, despesas que já não constem expressamente como devidas e cujo pagamento há de se estender no tempo, especialmente se não houver recursos para o pagamento".[1]

Cuida-se de norma penal primariamente remetida (em branco), haja vista que o intérprete deverá, obrigatoriamente, conhecer o limite estabelecido em lei, para saber se houve ou não a prática do delito em estudo.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime próprio, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); de forma vinculada; instantâneo; monossubjetivo; monossubsistente ou plurissubsistente (dependendo da forma como o delito for praticado, poderá ou não ser fracionado o *iter criminis*); não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Somente o funcionário público competente para ordenar ou autorizar a inscrição de despesa pode ser considerado *sujeito ativo* do delito tipificado no art. 359-B do Código Penal.

O sujeito passivo é o Estado.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

O tipo penal que prevê o delito de *inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar* tem por finalidade proteger as finanças públicas e, em um sentido mais amplo, a própria Administração Pública.

O objeto material é a despesa inscrita.

1 NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*, p. 1.106.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, ordena ou autoriza a inscrição em restos a pagar, de despesa que não tenha sido previamente empenhada ou que exceda limite estabelecido em lei.

Poderá ser reconhecida a tentativa desde que, no caso concreto, se possa fracionar o *iter criminis*.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos *ordenar* e *autorizar* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente.

No entanto, será possível a prática do delito via omissão imprópria quando o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para impedir a prática de qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo penal em estudo, devendo ser responsabilizado pelo delito de *inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar*, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar* é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito em estudo, em virtude da pena máxima cominada em abstrato, que não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível, também, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Capítulo 119

Assunção de Obrigação no Último Ano do Mandato ou Legislatura

Assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura

Art. 359-C. Ordenar ou autorizar a assunção de obrigação, nos dois últimos quadrimestres do último ano do mandato ou legislatura, cuja despesa não possa ser paga no exercício financeiro ou, caso reste parcela a ser paga no exercício seguinte, que não tenha contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura* encontra-se tipificado no art. 359-C do Código Penal. De acordo com a redação constante da mencionada figura típica, similar à constante do art. 42 da Lei Complementar nº 101/00, podemos destacar os seguintes elementos: a) a conduta de *ordenar* ou *autorizar* a assunção de obrigação; b) nos dois últimos quadrimestres do último ano do mandato ou legislatura; c) cuja despesa não possa ser paga no exercício financeiro; d) ou, caso reste parcela a ser paga no exercício seguinte, que não tenha contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa.

Com a criação do tipo penal em estudo, cuja redação em muito se assemelha àquela constante do art. 42 da Lei de Responsabilidade Fiscal, procurou-se evitar que o agente, no final do seu mandato ou legislatura, vale dizer, nos oito últimos meses, contraia obrigações que não poderão ser quitadas por ele até o final daquele seu último exercício financeiro, ou que, na hipótese de restar alguma parcela a ser paga no exercício seguinte, o que não é incomum, não tenha levado a efeito a reserva de caixa.

De acordo com as lições de Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini,

> "tipifica, assim, o legislador, a passagem desses passivos (encargos e despesas já compromissadas e que devam ser honradas até o final do exercício) para o mandatário seguinte, cominando sanção de natureza penal àquele que não respeitar os prazos e condições legais de pagamento.
>
> A Lei, nesse dispositivo, ocupa-se em precaver que atos de gestores públicos não venham a comprometer, por falta de recursos, o mandato de seus sucessores. Tratam-se das denominadas heranças fiscais, 'que imobilizam os governos no início do mandato, por terem de pagar dívidas e/ou assumir compromissos financeiros deixados pelo antecessor'.
>
> Outra preocupação também subsiste: *equilíbrio das contas públicas*".[1]

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime próprio, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); de forma vinculada; instantâneo; monossubjetivo; monossubsistente ou plurissubsistente (dependendo da forma como o delito for praticado, poderá ou não ser fracionado o *iter criminis*); não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Somente o funcionário público competente para ordenar ou autorizar a assunção de obrigação pode ser considerado *sujeito ativo* do delito tipificado no art. 359-C do Código Penal.

O sujeito passivo é o Estado.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

O tipo penal que prevê o delito de *assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura* tem por finalidade proteger as finanças públicas e, em um sentido mais amplo, a própria Administração Pública.

O objeto material é a obrigação assumida.

1 GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *Crimes de responsabilidade fiscal*, p. 46.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, ordena ou autoriza a assunção de obrigação, nos últimos dois quadrimestres do último ano do mandato ou legislatura, cuja despesa não possa ser paga no mesmo exercício financeiro ou, caso reste parcela a ser paga no exercício seguinte, que não tenha contrapartida suficiente de disponibilidade de caixa.

Poderá ser reconhecida a tentativa desde que, no caso concreto, se possa fracionar o *iter criminis*.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

Os núcleos *ordenar* e *autorizar* pressupõem um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, será possível a prática do delito via omissão imprópria quando o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para impedir a prática de qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo penal em estudo, devendo ser responsabilizado pelo delito de *assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura*, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. PENA, AÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura* é de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Capítulo 120

Ordenação de Despesa não Autorizada

Ordenação de despesa não autorizada

Art. 359-D. Ordenar despesa não autorizada por lei:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *ordenação de despesa não autorizada* encontra-se tipificado no art. 359-D do Código Penal. Cuida-se de norma penal em branco, cujo complemento poderá ser encontrado nos arts. 15, 16 e 17 da Lei de Responsabilidade Fiscal, que dizem, *verbis*:

> **Art. 15.** Serão consideradas não autorizadas, irregulares e lesivas ao patrimônio público a geração de despesa ou assunção de obrigação que não atendam o disposto nos arts. 16 e 17.
>
> **Art. 16.** A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de:
>
> I – estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes;
>
> II – declaração do ordenador da despesa de que o aumento tem adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e compatibilidade com o plano plurianual e com a lei de diretrizes orçamentárias.
>
> § 1º Para os fins desta Lei Complementar, considera-se:

I – adequada com a lei orçamentária anual, a despesa objeto de dotação específica e suficiente, ou que esteja abrangida por crédito genérico, de forma que somadas todas as despesas da mesma espécie, realizadas e a realizar, previstas no programa de trabalho, não sejam ultrapassados os limites estabelecidos para o exercício;

II – compatível com o plano plurianual e a lei de diretrizes orçamentárias, a despesa que se conforme com as diretrizes, objetivos, prioridades e metas previstos nesses instrumentos e não infrinja qualquer de suas disposições.

§ 2º A estimativa de que trata o inciso I do *caput* será acompanhada das premissas e metodologia de cálculo utilizadas.

§ 3º Ressalva-se do disposto neste artigo a despesa considerada irrelevante, nos termos em que dispuser a lei de diretrizes orçamentárias.

§ 4º As normas do *caput* constituem condição prévia para:

I – empenho e licitação de serviços, fornecimento de bens ou execução de obras;

II – desapropriação de imóveis urbanos a que se refere o § 3º do art. 182 da Constituição.

Art. 17. Considera-se obrigatória de caráter continuado a despesa corrente derivada de lei, medida provisória ou ato administrativo normativo que fixem para o ente a obrigação legal de sua execução por um período superior a dois exercícios.

§ 1º Os atos que criarem ou aumentarem despesa de que trata o *caput* deverão ser instruídos com a estimativa prevista no inciso I do art. 16 e demonstrar a origem dos recursos para seu custeio.

§ 2º Para efeito do atendimento do § 1º, o ato será acompanhado de comprovação de que a despesa criada ou aumentada não afetará as metas de resultados fiscais previstas no anexo referido no § 1º do art. 4º, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa.

§ 3º Para efeito do § 2º, considera-se aumento permanente de receita o proveniente da elevação de alíquotas,

ampliação da base de cálculo, majoração ou criação de tributo ou contribuição.

§ 4º A comprovação referida no § 2º, apresentada pelo proponente, conterá as premissas e metodologia de cálculo utilizadas, sem prejuízo do exame de compatibilidade da despesa com as demais normas do plano plurianual e da lei de diretrizes orçamentárias.

§ 5º A despesa de que trata este artigo não será executada antes da implementação das medidas referidas no § 2º, as quais integrarão o instrumento que a criar ou aumentar.

§ 6º O disposto no § 1º não se aplica às despesas destinadas ao serviço da dívida nem ao reajustamento de remuneração de pessoal de que trata o inciso X do art. 37 da Constituição.

§ 7º Considera-se aumento de despesa a prorrogação daquela criada por prazo determinado.

A Lei de Responsabilidade Fiscal, portanto, será utilizada como complemento necessário para a interpretação e aplicação do art. 359-D do Código Penal.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime próprio, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo, quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); de forma vinculada; instantâneo; monossubjetivo; monossubsistente ou plurissubsistente (dependendo da forma como o delito for praticado, poderá ou não ser fracionado o *iter criminis*); não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Somente o funcionário público competente para ordenar despesa pode ser considerado *sujeito ativo* do delito tipificado no art. 359-D do Código Penal.

O *sujeito passivo* é o Estado.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

O tipo penal que prevê o delito de *ordenação de despesa não autorizada* tem por finalidade proteger as finanças públicas e, em um sentido mais amplo, a própria Administração Pública.

O objeto material é a despesa não autorizada por lei.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, ordena despesa não autorizada por lei.

Poderá ser reconhecida a tentativa desde que, no caso concreto, se possa fracionar o *iter criminis*.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

O núcleo *ordenar* pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, será possível a prática do delito via omissão imprópria quando o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para impedir a prática de qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo penal em estudo, devendo ser responsabilizado pelo delito de *ordenação de despesa não autorizada*, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. PENA, AÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *ordenação de despesa não autorizada* é de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

CAPÍTULO 121

PRESTAÇÃO DE GARANTIA GRACIOSA

Prestação de garantia graciosa

Art. 359-E. Prestar garantia em operação de crédito sem que tenha sido constituída contragarantia em valor igual ou superior ao valor da garantia prestada, na forma da lei:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *prestação de garantia graciosa* encontra-se tipificado no art. 359-E do Código Penal. De acordo com a redação constante na mencionada figura típica, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de prestar garantia em operação de crédito; b) sem que tenha sido constituída contragarantia em valor igual ou superior ao valor da garantia prestada, na forma da lei.

Presta garantia aquele que a concede. A concessão de garantia, de acordo com a definição constante do inciso IV do art. 29 da Lei de Responsabilidade Fiscal, significa o *compromisso de adimplência de obrigação financeira ou contratual assumida por ente da Federação ou entidade a ele vinculada. Operação de crédito*, conforme explicação contida no inciso III do mencionado artigo, diz respeito ao *compromisso financeiro assumido em razão de mútuo, abertura de crédito, emissão e aceite de título, aquisição financiada de bens, recebimento antecipado de valores provenientes da venda a termo de bens e serviços, arrendamento mercantil e outras operações assemelhadas, inclusive com uso de derivativos financeiros.*

O art. 40 da Lei Complementar nº 101/00, que serve de complemento ao art. 359-E do Código Penal, diz, *verbis*:

> **Art. 40.** Os entes poderão conceder garantia em operações de crédito internas ou externas, observados o disposto neste artigo, as normas do art. 32 e, no caso

da União, também os limites e as condições estabelecidos pelo Senado Federal.

§ 1º A garantia estará condicionada ao oferecimento de contragarantia, em valor igual ou superior ao da garantia a ser concedida, e à adimplência da entidade que a pleitear relativamente a suas obrigações junto ao garantidor e às entidades por este controladas, observado o seguinte:

I – não será exigida contragarantia de órgãos e entidades do próprio ente;

II – a contragarantia exigida pela União a Estado ou Município, ou pelos Estados aos Municípios, poderá consistir na vinculação de receitas tributárias diretamente arrecadadas e provenientes de transferências constitucionais, com outorga de poderes ao garantidor para retê-las e empregar o respectivo valor na liquidação da dívida vencida.

§ 2º No caso de operação de crédito junto a organismo financeiro internacional, ou a instituição federal de crédito e fomento para o repasse de recursos externos, a União só prestará garantia a ente que atenda, além do disposto no § 1º, as exigências legais para o recebimento de transferências voluntárias.

§ 3º (VETADO)

§ 4º (VETADO)

§ 5º É nula a garantia concedida acima dos limites fixados pelo Senado Federal;

§ 6º É vedado às entidades da administração indireta, inclusive suas empresas controladas e subsidiárias, conceder garantia, ainda que com recurso de fundos.

§ 7º O disposto no § 6º não se aplica à concessão de garantia por:

I – empresa controlada a subsidiária ou controlada sua, nem à prestação de contragarantia nas mesmas condições;

II – instituição financeira a empresa nacional, nos termos da lei.

§ 8º Excetua-se do disposto neste artigo a garantia prestada:

I – por instituições financeiras estatais, que se submeterão às normas aplicáveis às instituições financeiras privadas, de acordo com a legislação pertinente;

II – pela União, na forma de lei federal, a empresas de natureza financeira por ela controladas, direta e indiretamente, quanto às operações de seguro de crédito à exportação.

§ 9º Quando honrarem dívida de outro ente, em razão de garantia prestada, a União e os Estados poderão condicionar as transferências constitucionais ao ressarcimento daquele pagamento.

§ 10. O ente da Federação cuja dívida tiver sido honrada pela União ou por Estado, em decorrência de garantia prestada em operação de crédito, terá suspenso o acesso a novos créditos ou financiamentos até a total liquidação da mencionada dívida.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime próprio, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); de forma vinculada; instantâneo; monossubjetivo; monossubsistente ou plurissubsistente (dependendo da forma como o delito for praticado, poderá ou não ser fracionado o *iter criminis*); não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Somente o funcionário público competente para prestar garantia em operação de crédito pode ser considerado *sujeito ativo* do delito tipificado no art. 359-E do Código Penal.

O *sujeito passivo* é o Estado.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

O tipo penal que prevê o delito de *prestação de garantia graciosa* tem por finalidade proteger as finanças públicas e, em um sentido mais amplo, a própria Administração Pública.

O objeto material é a operação de crédito levada a efeito pelo agente, sem que tenha sido constituída contragarantia em valor igual ou superior ao valor da garantia prestada, na forma da lei.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, presta a garantia em operação de crédito sem que tenha sido constituída contragarantia em valor igual ou superior ao valor da garantia prestada, na forma da lei.

Poderá ser reconhecida a tentativa desde que, no caso concreto, se possa fracionar o *iter criminis*.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

A conduta de prestar garantia pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, será possível a prática do delito via omissão imprópria quando o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para impedir a prática do comportamento previsto pelo tipo penal em estudo, devendo ser responsabilizado pelo delito de *prestação de garantia graciosa*, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *prestação de garantia graciosa* é de detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e o julgamento do delito em estudo, em virtude da pena máxima cominada em abstrato, que não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível, também, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

CAPÍTULO 122

NÃO CANCELAMENTO DE RESTOS A PAGAR

Não cancelamento de restos a pagar

Art. 359-F. Deixar de ordenar, autorizar ou de promover o cancelamento do montante de restos a pagar inscrito em valor superior ao permitido em lei:

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *não cancelamento de restos a pagar* encontra-se tipificado no art. 359-F do Código Penal. O tipo penal em estudo incrimina o comportamento de *deixar de ordenar* (ou seja, não determinar que se faça), *deixar de* autorizar (entendido no sentido de não permitir que se leve a efeito), bem como *deixar de promover* (de realizar) o cancelamento do montante de restos a pagar inscrito em valor superior ao permitido em lei.

Aqui, o agente se omite quando deveria agir com a finalidade de ordenar, autorizar ou de promover o cancelamento de restos a pagar inscrito em valor superior ao permitido em lei.

Conforme já esclarecido quando da análise do tipo constante do art. 359-B do Código Penal, o art. 36 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que estatui normas gerais de direito financeiro para a elaboração e o Controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, esclarece o conceito de restos a pagar, dizendo: *Consideram-se restos a pagar as despesas empenhadas mas não pagas até o dia 31 de dezembro distinguindo-se as processadas das não processadas.*

Conforme esclarecem Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini,

> "para que se possa punir a conduta daquele que pratica a ação descrita no artigo em tela, há necessidade de que ele não tenha nenhuma responsabilidade (a título de dolo) em relação

à inscrição, pois, do contrário, já estaria incurso nas penas previstas no art. 359-B, antes mencionado.

Preocupa-se a lei com a lisura administrativa, de forma que, percebendo o agente público que o valor inscrito em restos a pagar é superior ao permitido em lei, deve, de plano, providenciar, para que ocorra o cancelamento. Não o fazendo, incorre no disposto no tipo penal *sub examen*.

O valor permitido em lei representa a suficiente disponibilidade financeira que permita o pagamento integral das despesas dentro dos dois últimos quadrimestres, ou a disponibilidade de caixa existente para o exercício seguinte. Disponibilidade de caixa consiste no montante remanescente após a execução contábil dos encargos e despesas compromissadas a serem honradas até o final do exercício financeiro".[1]

Trata-se de tipo misto alternativo, no qual a prática de mais de um comportamento previsto pelo tipo importará em infração penal única.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime próprio, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; omissivo próprio; de forma vinculada; instantâneo; monossubjetivo; monossubsistente; não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Somente o funcionário público competente para ordenar, autorizar ou promover o cancelamento do montante de restos a pagar inscrito em valor superior ao permitido em lei é que pode ser considerado *sujeito ativo* do delito tipificado no art. 359-F do Código Penal.

O sujeito passivo é o Estado.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

O tipo penal que prevê o delito de *não cancelamento de restos a pagar* tem por finalidade proteger as finanças públicas e, em um sentido mais amplo, a própria Administração Pública.

O objeto material é a inscrição de restos a pagar.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, dolosamente, deixa de ordenar, de autorizar ou de promover o cancelamento do montante de restos a pagar inscrito em valor superior ao permitido em lei.

1 GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *Crimes de responsabilidade fiscal*, p. 52-53.

Tratando-se de crime monossubsistente, não será possível o reconhecimento da tentativa, tendo em vista a concentração de atos, que impede o fracionamento do *iter criminis*.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

7. MODALIDADE COMISSIVA

A conduta de deixar de ordenar, de autorizar ou de promover importa em um delito omissivo próprio.

8. PENA, AÇÃO PENAL, COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *não cancelamento de restos a pagar* é de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Compete, pelo menos inicialmente, ao Juizado Especial Criminal o processo e julgamento do delito em estudo, em virtude da pena máxima cominada em abstrato, que não ultrapassa o limite de 2 (dois) anos, imposto pelo art. 61 da Lei nº 9.099/95, conforme alteração determinada pela Lei nº 11.313, de 28 de junho de 2006.

Será possível, também, a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Capítulo 123

Aumento de Despesa Total com Pessoal no Último Ano do Mandato ou Legislatura

Aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura

Art. 359-G. Ordenar, autorizar ou executar ato que acarrete aumento de despesa total com pessoal, nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato ou da legislatura:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

1. INTRODUÇÃO

O delito de *aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura* encontra-se tipificado no art. 359-G do Código Penal. De acordo com sua redação legal, podemos apontar os seguintes elementos: a) a conduta de *ordenar, autorizar* ou *executar;* b) ato que acarrete aumento de despesa total com pessoal; c) nos 180 (cento e oitenta) dias anteriores ao final do mandato ou da legislatura.

Ordenar tem o sentido de determinar, mandar que se faça; *autorizar* deve ser entendido como permitir que se faça; *executar* significa realizar, levar a efeito. O agente, portanto, com o seu comportamento, pratica ato que acarreta aumento de *despesa total com pessoal*, sendo que o art. 18 da Lei de Responsabilidade Fiscal a define, dizendo, *verbis*:

> **Art. 18.** Para os efeitos desta Lei Complementar, entende-se como despesa total com pessoal: o somatório dos gastos do ente da Federação com os ativos, os inativos e os pensionistas, relativos a mandatos eletivos, cargos, funções ou empregos, civis, militares e de membros do Poder, com quaisquer espécies remuneratórias,

tais como vencimentos e vantagens, fixas e variáveis, subsídios, proventos da aposentadoria, reformas e pensões, inclusive adicionais, gratificações, horas extras e vantagens pessoais de qualquer natureza, bem como encargos sociais e contribuições recolhidas pelo ente às entidades de previdência.

O art. 359-G também coaduna com o parágrafo único do art. 22 da mencionada Lei de Responsabilidade Fiscal, que diz ser *nulo de pleno direito o ato de que resulte aumento da despesa com pessoal expedido nos cento e oitenta dias anteriores ao final do mandato do titular do respectivo Poder ou órgão referido no art. 20.*

Trata-se de tipo misto alternativo, no qual a prática de mais de um comportamento típico importará em infração penal única.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime próprio, tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); de forma vinculada; instantâneo; monossubjetivo; monossubsistente ou plurissubsistente (dependendo da forma como o delito é praticado); não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Somente o funcionário público competente para ordenar, autorizar ou executar ato que acarrete aumento de despesa total com pessoal nos 180 dias anteriores ao final do mandato ou da legislatura é que pode ser considerado *sujeito ativo* do delito tipificado no art. 359-G do Código Penal.

O sujeito passivo é o Estado.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

O tipo penal que prevê o delito de *aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura* tem por finalidade proteger as finanças públicas e, em um sentido mais amplo, a própria Administração Pública.

O objeto material é o ato que faz com que haja o aumento de despesa total com pessoal, de acordo com a proibição temporal prevista pelo art. 359-G do Código Penal.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, ordena, autoriza ou executa o ato que acarreta aumento de despesa total com pessoal, nos 180 dias anteriores ao final do mandato ou da legislatura.

Será reconhecida a tentativa desde que, no caso concreto, se possa fracionar o *iter criminis*.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

A conduta de ordenar, autorizar ou executar pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente.

No entanto, será possível a prática do delito via omissão imprópria quando o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para impedir a prática de qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo penal em estudo, devendo ser responsabilizado pelo delito de *aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura*, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. PENA, AÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura* é de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Capítulo 124

Oferta Pública ou Colocação de Títulos no Mercado

Oferta pública ou colocação de títulos no mercado

Art. 359-H. Ordenar, autorizar ou promover a oferta pública ou a colocação no mercado financeiro de títulos da dívida pública sem que tenham sido criados por lei ou sem que estejam registrados em sistema centralizado de liquidação e de custódia:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

1. INTRODUÇÃO

A última infração penal constante do capítulo correspondente aos crimes contra as finanças públicas, tipificada no art. 359-H, diz respeito ao delito de *oferta pública ou colocação de títulos no mercado*.

Os núcleos, já estudados, são *ordenar, autorizar e promover* (que tem o sentido de efetuar, fomentar) e dizem respeito a *oferta pública* ou a colocação no mercado financeiro de *títulos da dívida pública*, sem que tenham sido criados por lei ou sem que estejam registrados em sistema centralizado de liquidação e custódia.

Conforme esclarecem Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini,

> "os títulos emitidos pela União, inclusive os do Banco Central do Brasil, dos Estados e dos Municípios, constituem, nos termos do inc. II do art. 29 da LRF, a dívida pública mobiliária.
>
> A preocupação do legislador, neste tipo penal, é com o *controle legislativo do orçamento e das contas públicas*, visto que a colocação no mercado de títulos da dívida pública exige prévia criação legal, bem como, posteriormente, registro no sistema centralizado de liquidação e de custódia. Com isso, busca-se que, com o controle exercido, não venham as ações

promovidas por administradores (no caso, colocação no mercado de títulos da dívida pública) a causar prejuízo ao erário e/ou desequilibrar futuros orçamentos".[1]

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

Crime próprio tanto no que diz respeito ao sujeito ativo quanto ao sujeito passivo; doloso; comissivo (podendo, no entanto, ser praticado via omissão imprópria, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal); de forma vinculada; instantâneo; monossubjetivo; monossubsistente ou plurissubsistente (dependendo da forma como o delito é praticado); não transeunte.

3. SUJEITO ATIVO E SUJEITO PASSIVO

Somente o funcionário público competente para ordenar, autorizar ou promover a oferta pública ou a colocação no mercado financeiro de títulos da dívida pública é que pode ser considerado *sujeito ativo* do delito tipificado no art. 359-H do Código Penal.

O *sujeito passivo* é o Estado.

4. OBJETO MATERIAL E BEM JURIDICAMENTE PROTEGIDO

O tipo penal que prevê o delito de *oferta pública ou colocação de títulos no mercado* tem por finalidade proteger as finanças públicas, e, em um sentido mais amplo, a própria Administração Pública.

O objeto material são os títulos da dívida pública.

5. CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma quando o agente, efetivamente, ordena, autoriza ou promove a oferta pública ou a colocação no mercado financeiro de títulos da dívida pública sem que tenham sido criados por lei ou sem que estejam registrados em sistema centralizado de liquidação e de custódia.

Será reconhecida a tentativa desde que, no caso concreto, se possa fracionar o *iter criminis*.

6. ELEMENTO SUBJETIVO

O dolo é o elemento subjetivo exigido pelo tipo penal em estudo, não havendo previsão para a modalidade de natureza culposa.

1 GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *Crimes de responsabilidade fiscal*, p. 55.

7. MODALIDADES COMISSIVA E OMISSIVA

A conduta de ordenar, autorizar ou promover pressupõe um comportamento comissivo por parte do agente. No entanto, será possível a prática do delito via omissão imprópria quando o agente, garantidor, dolosamente, podendo, nada fizer para impedir a prática de qualquer dos comportamentos previstos pelo tipo penal em estudo, devendo ser responsabilizado pelo delito de *oferta pública ou colocação de títulos no mercado*, nos termos do art. 13, § 2º, do Código Penal.

8. PENA, AÇÃO PENAL E SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

A pena cominada ao delito de *oferta pública ou colocação de títulos no mercado* é de reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

A ação penal é de iniciativa pública incondicionada.

Será possível a confecção de proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei nº 9.099/95.

Capítulo 125

Disposições Finais

Disposições finais

Art. 360. Ressalvada a legislação especial sobre os crimes contra a existência, a segurança e a integridade do Estado e contra a guarda e o emprego da economia popular, os crimes de imprensa e os de falência, os de responsabilidade do Presidente da República e dos Governadores ou Interventores, e os crimes militares, revogam-se as disposições em contrário.

Art. 361. Este Código entrará em vigor no dia 1º de janeiro de 1942.

Rio de Janeiro, 7 de dezembro de 1940;
119º da Independência e 52º da República.

Getúlio Vargas

Francisco Campos

Referências

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo*. 10. ed. Niterói: Impetus, 2006.

AMARAL, Sylvio do. *Falsidade documental*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1989.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BARROS, Marco Antonio de. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.

BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BATISTA, Weber Martins. *O furto e o roubo no direito e no processo penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

BÉZE, Patrícia Mothé Glioche. *Concurso formal e crime continuado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 4.

CALDERÓN, Ángel; CHOCLÁN, José Antonio. *Derecho penal* – Parte especial. 2. edición. Madrid: Bosch, 2001. v. II.

CALHAU, Lélio Braga. *Desacato*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

CAPEZ, Fernando. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 3.

CARRARA, Francesco. *Programa de derecho criminal*. 3. ed. Bogotá: Temis, 1973.

CARVALHO, Érica Mendes de. *Tutela penal do patrimônio florestal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Crimes de contrabando e descaminho*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Código de processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de direito penal* – Parte especial. São Paulo: Saraiva, 1991. v. 3.

_____. *Direito penal objetivo*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

COSTA, Wille Duarte. *Títulos de crédito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à reforma criminal de 2009 e a convenção de Viena sobre o direito dos tratados*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DELMANTO, Celso; DELMANTO, Roberto; DELMANTO JÚNIOR, Roberto; DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. *Código penal comentado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

FARIA, Bento de. *Código penal brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Record, 1961. v. VI.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de direito previdenciário*. 7. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

_____. *A Extinção da Punibilidade dos Crimes de Apropriação Indébita Previdenciária e Sonegação de Contribuição Previdenciária – Legislação Vigente e Inovação da Lei nº 11.941/09* (disponível em www.editoraimpetus.com.br)

FÁVERO, Flamínio. *Medicina legal*. 11. ed. Belo Horizonte: Itatiaia, 1980. v. 2.

FERNÁNDEZ, Gonzalo D. *Bien jurídico y sistema del delito*. Buenos Aires: IBDF, 2004.

FERREIRA, Fernando José Araújo. Processo seletivo vestibular nas universidades e faculdades particulares e a nova LDB (Lei nº 9.394/96). *Revista Eletrônica PRPE*, out. 2003.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal* – Parte especial. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. v. II.

FRANÇA, Genival Veloso de. *Medicina legal. 7. ed.* Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2004.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. *Crimes de responsabilidade fiscal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1993. v. 3.

HIRECHE, Gamil Föppel El. *Análise criminológica das organizações criminosas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959. v. IX.

JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 3.

_____. *Direito penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. v. 4.

JÚNIOR, Romeu de Almeida Salles. *Código penal interpretado*. São Paulo: Saraiva, 1996.

LINHARES, Marcello Jardim. *Contravenções penais*. São Paulo: Saraiva, 1980.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MAGGIORE, Giuseppe. *Derecho penal* – Parte especial. Bogotá: Temis, 1972. v. III.

MARANHÃO, Odon Ramos. *Curso básico de medicina legal*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MARCÃO, Renato. *Tóxicos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. *Lei nº 12.012, de 6 de agosto de 2009: ingresso de aparelho de telefonia celular em estabelecimento penal*. Disponível em http://jusvi.com/artigos/41374. (Acesso em 18.08.2009).

MAZILLI, Hugo Nigro. *Manual do promotor de justiça*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código penal interpretado*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. *Manual de direito penal*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2000. v. 3.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal* – Parte especial. 14. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito penal*. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

_____. *Direito penal*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Cláudio Brandão de. *Manual de direito administrativo*. 3. ed. Niterói: Impetus, 2006.

PRADO, Geraldo; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti de. *Lei dos juizados especiais criminais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Crimes contra o ambiente*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Curso de direito penal brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. v. 3.

_____. *Curso de direito penal brasileiro*: São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. v. 4.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ROSA, Antônio José Miguel Feu. *Direito penal* – Parte especial. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

SILVA JÚNIOR, José. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. v. 1, t. II.

SLAIB FILHO, Nagib. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STOCO, Rui. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997. v. 2.

TELES, Ney Moura. *Direito penal*. São Paulo: Atlas, 2004. v. 3.

TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de processo penal*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1967. t. III.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de processo penal comentado*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. v. 2.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. v. 3.

Índice Remissivo

A

abandono de função 465, 467–469

abolitio criminis 67, 117, 118

abuso de autoridade 459, 647

abuso de poder 459, 491, 495, 647

ação civil pública 578, 579

ação de improbidade 578

ação de improbidade administrativa 577, 580, 581

accipiens 388

administração 427

administração da justiça 574, 581, 586, 587, 589, 590, 596, 608, 612, 613, 617, 620, 625, 631, 637, 651, 658, 662, 667, 669, 671, 674, 678, 682, 686

administração direta 370

administração indireta 270, 370

administração pública 370, 378, 380–383, 388, 389, 391–394, 398–400, 402, 403, 405, 407, 408, 413, 424, 427, 434, 437, 439, 449, 450, 451, 453–455, 461, 466–468, 473, 475–478, 481, 483, 485, 487, 488, 493, 497, 502, 504, 509–512, 514–516, 521, 524–526, 532, 533, 541, 545, 548, 555, 567, 568, 571, 574, 579–581, 587, 590, 594–596, 598–600, 608–610, 613, 617, 620, 625, 631, 637, 651, 658, 662, 667, 671, 674, 678, 682, 686, 692, 696, 700, 705, 709, 712, 716, 720

administração pública estrangeira 565, 567, 571

adulteração de sinal identificador de veículo automotor 223, 349, 350, 352, 354

advocacia administrativa 453–457

aeronave 78

agente penitenciário 653, 658, 659

agravante genérica 7

agravantes 60

analogia 92, 103, 260, 557, 662

analogia *in bonam partem* 557, 634

analogia *in malam partem* 8, 92, 175, 231, 260, 340, 351, 527, 624

animais de utilidade econômica 63, 64, 65, 66, 67

animus jocandi 229

animus lucri faciendi 227

animus necandi 175

animus rem sibi habendi 378, 379, 389

antecedentes criminais 328

ante factum impunível 274

antefato 216

antefato impunível 222, 242, 258, 273, 313, 314

anticrese 619

aparelhos de comunicação 640

aparelho telefônico de comunicação móvel 448
apologia de crime ou criminoso 195, 203, 205, 206
apropriação indébita 378, 379, 385
apropriação indébita previdenciária 556, 557
arbitragem 596, 612
arrebatamento de preso 661–663
arrematação judicial 681–683
arremesso de projétil 2, 91, 93–95
arrendamento mercantil 690, 707
arrependimento posterior 384, 385
arrombamento 649, 653, 654, 660
arte dentária ou farmacêutica 179, 183, 192
associação criminosa 211, 219
assunção de obrigação no último ano do mandato ou legislatura 699–701
atentado contra a segurança de outro meio de transporte 2, 78, 85, 87, 89
atentado contra a segurança de serviço de entidade pública 2
atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública 97, 98, 100
atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo 2, 77, 79, 80
atentado contra a segurança de transporte marítimo, fluvial ou aéreo é de reclusão 82
atenuante 60, 385, 599
atipicidade 6, 161, 501, 502, 504, 527, 604
ato administrativo 471, 474
ato de execução 180, 414
ato de preparação 157
ato infracional 213
ato manifestamente ilegal 495
ato preparatório 34, 210, 211, 241, 414
atos de cogitação 239
atos preparatórios 196, 239, 241
aumento de despesa total com pessoal 717
aumento de despesa total com pessoal no último ano do mandato ou legislatura 715–717
autarquias 270, 450, 472, 599
autarquias, empresas públicas 690
autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas 371
autarquias, sociedades de economia mista, empresas públicas e as fundações 370
auto-acusação falsa 589–591
autodefesa 328, 330, 582, 627
autoria mediata 604
autoridade policial 214
autoridade sanitária 122, 143, 145
autorização legislativa 689, 690, 692
autos 674, 675
autos, documento 674
autos, documento ou objeto de valor probatório 673

B

banco central 227
banco central do Brasil 719
banco de dados 392, 398, 475, 478
bando 210, 213
bando ou quadrilha 219
benfeitorias necessárias 616
bis in idem 11, 216, 217
bolsa de valores 681
bons antecedentes 559, 561
busca pessoal 335

C

calamidade pública 103, 105
capacidade de discernimento 213
cargo público 379, 465–467, 472, 475
cargos efetivos 473
cargos em comissão 372, 384, 390, 394, 400, 403, 409, 417, 435, 440, 452, 455, 462, 469, 474, 478
carta rogatória 576
caso fortuito 17
causa de aumento de pena 599, 609
causa de exclusão da culpabilidade 632
causa de justificação 407, 466, 495, 616
causa especial de aumento de pena 7, 105, 109, 214, 263, 273, 284, 353, 384, 390, 394, 403, 409, 417, 429, 435, 440, 452, 455, 462, 469, 474, 478, 515, 568, 572, 582, 597, 599, 625, 626, 679
causa especial de aumento de pena (majorante) 60
causa especial de diminuição de pena 582
causa legal de exclusão da culpabilidade 632, 634
causas de aumento de pena 61, 429
causas especiais de aumento de pena 18, 59, 116, 124, 140, 147
causa supralegal de exclusão da culpabilidade 634
cautela de penhor 247, 250
celulares 640
certidão ou atestado ideologicamente falso 223, 293, 294, 296, 297
charlatanismo 2, 185, 186, 188
charlatão 186, 189
circulação de moeda falsa 229
circunstâncias 370
circunstâncias judiciais 60, 658
coação no curso do processo 611–614
coautoria 164, 217, 603, 604, 635, 636
código brasileiro de aeronáutica 78
código de ética médica 171
código de trânsito 687
código de trânsito brasileiro 351
código eleitoral 275, 280, 291, 469
código penal espanhol 195
código penal italiano 108
código penal militar 101, 201, 421, 431, 490, 503, 516, 526, 527, 654, 660
código tributário nacional 415, 553
comissão parlamentar de inquérito 603
competência originária 599
comunicação extra muros 639
comunicação falsa de crime com a finalidade de fraudar o seguro 588
comunicação falsa de crime ou de contravenção 580, 585–587
conatus 34, 42, 94, 165, 179, 440, 513
conceito analítico 630
concorrência 682
concorrência pública 483, 543
concurso 483, 484, 682
concurso aparente de normas 536
concurso de agentes 216, 604
concurso de causas de aumento de pena 400
concurso de crimes 61, 62, 110, 207, 216, 222, 229, 257, 274, 280, 285, 312, 313, 350, 457, 514
concurso de pessoas 216, 217, 313, 350, 370, 433, 603, 636
concurso eventual de pessoas 209
concurso formal 20, 26, 44, 45, 51, 61, 62, 202, 618
concurso formal de crimes 274
concurso formal imperfeito 61
concurso formal imperfeito ou impróprio 60

concurso formal impróprio 10, 40, 89, 110, 498, 613, 683
concurso formal impróprio de crimes 463
concurso formal ou ideal de crimes 208
concurso material 56, 313, 659, 663, 667
concurso material de crimes 210, 274, 463, 626, 653
concurso público 473
concurso real de crimes 500
concussão 388, 411–415, 417–422, 425, 426, 457, 524, 564
condescendência criminosa 449–452, 457
condições de caráter pessoal 370
conhecimentos de depósito 244
conselho de sentença 605
conselho monetário nacional 227, 231
conselho nacional de imigração 339
consentimento do ofendido 670
consolidação das leis das alfândegas 534
consolidação das leis do trabalho 121, 371
contador 593–596, 598, 603, 607–610
contra a administração da justiça 674
contrabando 433–436, 531–534, 536, 537, 539
contrabando impróprio 532
contrabando ou descaminho 531, 533, 534, 536–538
contrabando próprio 533
contrafação 226, 232, 256, 260, 268, 278, 285, 315, 319, 320
contragarantia 707–710
contratação de operação de crédito 689–692
contravenção penal 27, 28, 50, 83, 204, 227, 490, 498, 585, 586, 590, 611, 630, 636
contravenção penal de exercício ilegal de profissão ou atividade 181
contravenções penais 83, 198, 217
contribuição 705
contribuição previdenciária 554
contribuição social 411, 415, 416, 420, 557
contribuição social previdenciária 551–553
contribuições sociais previdenciárias 554
convenção de viena 373
convenção interamericana contra a corrupção 425
convite 483, 484, 682
corpo de delito 44
corrupção 419, 423–425, 430, 522, 523, 532, 563, 565, 567
corrupção antecedente e subsequente 426
corrupção ativa 425, 523–527, 564–566, 610
corrupção ativa e crime militar 526
corrupção ativa em transação comercial internacional 527, 563, 564, 566–569
corrupção ativa em transação comercial internacional e tráfico de influência em transação comercial internacional 372
corrupção exaurida 429
corrupção imprópria 426
corrupção ou poluição de água potável 2, 133–135
corrupção passiva 369, 380, 412, 419, 420, 423–428, 430, 431, 450, 457, 476, 523, 525
corrupção passiva praticada por jurados 430
corrupção própria 426
crime 81, 88
crime ambiental 11

crime bilateral 523
crime comum 4, 5, 15, 24, 33, 38, 42, 48, 54, 65, 71, 79, 86, 93, 98, 104, 108, 114, 127, 134, 139, 145, 151, 156, 160, 164, 168, 172, 173, 178, 187, 191, 198, 205, 210, 228, 236, 240, 244, 252, 256, 261, 271, 278, 283, 305, 309, 316, 321, 326, 335, 340, 346, 352, 488, 496, 502, 511, 520, 524, 533, 544, 548, 566, 570, 580, 586, 590, 608, 612, 617, 624, 631, 636, 651, 662, 678, 682
crime consumado 659
crime continuado 61
crime contra a administração da justiça 590, 663
crime contra a economia popular 141, 153
crime contra a fé pública 243, 245
crime contra a honra 510, 511
crime contra a incolumidade pública 91
crime contra a ordem tributária 287, 456
crime contra o patrimônio 663
crime culposo 75
crime de ameaça 499
crime de atentado 99
crime de concurso necessário 666
crime de dano 40, 108, 202, 545
crime de falso 232, 312, 313, 626
crime de forma livre 205, 524, 629
crime de mão própria 596, 603, 604
crime de perigo 13, 75, 81, 88, 96, 108, 202
crime de perigo abstrato 65, 93, 114, 123, 127, 134, 139, 145, 151, 156, 160, 164, 168, 173, 179, 187, 191, 198, 205, 210
crime de perigo coletivo doloso 62
crime de perigo comum 23, 42, 55, 61, 71, 78, 126
crime de perigo comum e concreto 80, 87, 138, 145, 187, 210
crime de perigo concreto 14, 19, 23, 25, 38, 48, 70, 94, 172, 467
crime de responsabilidade 385, 693
crime de responsabilidade do prefeito municipal 693
crime de responsabilidade do presidente da república 693
crime de trânsito 687
crime doloso 61, 630
crime doloso de perigo comum 9, 18, 26, 39, 44, 49, 56, 59, 60
crime eleitoral 395
crime-fim 242, 273, 285, 313
crime formal 210, 414, 434, 498, 521, 567, 571, 613, 661, 662
crime funcional 460
crime funcional contra a ordem tributária 420
crime habitual 183, 192
crime instantâneo 686
crime material 567
crime-meio 242, 273, 313, 588
crime militar 201, 421, 431
crime monossubsistente 513, 713
crime omissivo 485
crime omissivo próprio 123, 284, 452, 467, 553–555, 652
crime organizado 218
crime permanente 537
crime plurissubsistente 15, 25, 39, 42, 65, 72, 80, 87, 99, 105, 128, 135, 152, 157, 165, 169, 173, 188, 228, 241, 245, 257, 262, 279, 291, 301, 306, 317, 322, 347, 352, 389, 399, 403, 408, 455, 473, 485, 497, 534, 545, 548, 575, 587, 617, 620, 625, 637, 662, 667, 683, 686
crime preterdoloso 60, 73
crime progressivo 216

crime propriamente militar 650
crime próprio 123, 230, 290, 295, 300, 340, 353, 381, 389, 392, 398, 402, 407, 413, 427, 434, 439, 451, 454, 461, 467, 472, 477, 485, 555, 574, 620, 658, 666, 671, 674, 686, 691, 696, 700, 705, 709, 712, 716, 720
crimes ambientais 67
crimes contra a administração da justiça 376, 573
crimes contra a administração pública 369, 370, 372, 552, 564, 573
crimes contra a economia popular 141, 162
crimes contra a fé pública 221
crimes contra a honra 513
crimes contra a incolumidade pública 1, 3, 23, 69, 79, 86, 108, 163, 172
crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo 456
crimes contra a paz pública 195, 205
crimes contra a pessoa 172, 369
crimes contra a saúde pública 1, 2, 163
crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte 1
crimes contra a segurança dos meios de comunicação e transporte e outros serviços públicos 1, 69
crimes contra a segurança nacional 75
crimes contra as finanças públicas 376, 689, 719
crimes contra o ambiente 67
crimes contra o meio ambiente 67
crimes contra o patrimônio 413
crimes culposos de perigo comum 61
crimes de imprensa 723
crimes de mão própria 603, 604
crimes de perigo 81, 88
crimes de perigo abstrato 14
crimes de perigo comum 1, 3, 32, 34, 57, 62
crimes de perigo concreto 31
crimes de responsabilidade 374, 693
crimes de responsabilidade fiscal 691, 712, 720
crimes funcionais 370
crimes funcionais impróprios 370
crimes funcionais próprios 370
crimes hediondos 108, 144, 147, 212, 213
crimes militares 723
crimes monossubsistentes 502
crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral 372, 377, 397
crimes praticados por particular contra a administração em geral 376, 491, 504, 552
crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira 372, 376, 563, 564
crime tentado 196
crime único 183, 514
crime unissubsistente 451
crime vago 5, 33
criminalidade organizada 219
critério trifásico 59–61, 263, 273, 372, 626, 659
culpabilidade 466, 584, 607, 630, 634, 638
cúmulo material 60, 463, 498, 614, 618, 683
cúmulo material de penas 10, 40
curandeirismo 2, 189–193
curandeiro 189–191
curso convencional 227, 233
curso legal 225–229, 232
custódia 719

D

dano qualificado 9, 10, 402, 403, 658
declaração dos direitos do homem e do cidadão 495
delação 449, 450
de lege ferenda 431
delito 389
delito contra a honra 515
delito de dano 96
delito de forma livre 564, 570, 616
delito de mão própria 603
delito de natureza formal 327
delito de perigo 71, 73, 95
delito de perigo abstrato 31, 210
delito de perigo comum 48
delito de perigo comum e concreto 79, 205
delito de perigo concreto 5, 151
delito de perigo presumido 123
delito-fim 588
delito formal 420
delito funcional impróprio 380
delito habitual 177, 179, 189
delito não transeunte 434, 439
delito omissivo próprio 282, 440, 713
delito plurissubsistente 55, 115, 139, 146, 161, 237, 241, 272, 393, 461, 477, 488
delito preterdoloso 110
delito próprio 119
delito qualificado 230
delito qualificado pelo resultado 62
delitos contra a incolumidade pública 32
delitos de perigo abstrato 4, 172
delitos funcionais 374
delitos funcionais impróprios 378
delitos plurissubsistentes 502
delito subsidiário 337
delito transeunte 179, 187, 191, 317
denunciação caluniosa 577–583, 586, 589
depositário infiel 650
desabamento ou desmoronamento 1, 47–51
desacato 499, 500, 509–516
desacato praticado por advogado e o § 2º do art. 7º do estatuto de OAB 515
desapropriação de imóveis urbanos 704
desastre ferroviário 2, 69, 71, 73, 74
descaminho 433–436, 531, 532, 534–537, 539, 540
deserção 660
desígnio 61
desígnios autônomos 60, 61, 463
desistência voluntária 214
desobediência 494, 500–507
desobediência a decisão judicial 503
desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito 685–687
desobediência à ordem que implicaria em auto-incriminação 505
desobediência belicosa 501
desobediência praticada por funcionário público 504
despesa total com pessoal 715, 716
dever de cuidado 231
dever funcional 423, 428, 429, 431, 433, 450, 523, 524, 526, 563, 568
dever objetivo de cuidado 6, 17, 25, 49, 66, 129, 135, 170, 174, 317, 383, 545
difusão de doença ou praga 1, 63, 65, 66
dignidade da pessoa humana 416
direito administrativo 406
direito ao silêncio 330

direito comercial 160
direito de resistência 494, 495
direito de retenção 616, 619
direito de voto 334
direito financeiro 695, 711
direito previdenciário 557
direitos individuais 177
direito tributário 415
dirimente 634
dívida ativa da união 539
dívida consolidada 689, 691, 692
dívida mobiliária federal 227
dívida pública 249
dívida pública mobiliária 719
divulgação de segredo 670
documento 674, 675
documento particular 268, 277, 278, 280, 309
documento público 265, 267–270, 272, 274, 275, 281–284, 288, 309, 313, 315–317
documento público por equiparação 269
documentos formal e substancialmente públicos 269
documentos formalmente públicos e substancialmente privados 269
documentos sigilosos 481
doença contagiosa 113, 114
doença de notificação compulsória 119
dolo de dano 74, 81, 88
dolo de matar 175
dolo de perigo 75
dolo direto 581, 586
dolo eventual 49, 416, 581
dolo subsequente 583
dolo subsequente e denunciação caluniosa 583
dolo superveniente 583
dolus superveniens 388
dos crimes contra a saúde pública 108
dos crimes praticados por funcionário público contra a administração em geral 376

E

economia popular 723
edital 543–545
elementar 575, 581, 601
elementares do crime 370
elemento material 103
elemento material do crime 98
elemento normativo 33, 267, 391, 566, 690
elemento normativo do tipo 219
elementos constitutivos do dolo 229
elemento subjetivo 5, 16, 25, 43, 49, 65, 72, 80, 87, 94, 99, 105, 109, 128, 135, 139, 146, 152, 157, 161, 165, 169, 174, 188, 192, 199, 206, 211, 228, 237, 241, 245, 253, 257, 262, 272, 283, 301, 306, 310, 317, 322, 327, 336, 341, 347, 352, 388, 389, 392, 393, 399, 403, 408, 414, 424, 428, 435, 440, 451, 455, 462, 468, 473, 477, 486, 489, 497, 502, 513, 514, 521, 525, 534, 545, 549, 556, 567, 572, 575, 581, 587, 588, 591, 597, 609, 613, 617, 620, 625, 631, 637, 652, 659, 663, 667, 671, 675, 679, 683, 687, 692, 697, 701, 706, 710, 713, 717, 720
elemento subjetivo especial do tipo 229
embarcação 78
embriaguez completa 499
emendatio libelli 504
empenho de despesa 695
emprego de processo proibido ou de substância não permitida 2, 149, 151, 152

emprego irregular de verbas ou rendas públicas 407–409
emprego público 371
empresa pública 384, 390, 394, 400, 404, 409, 417, 435, 440, 452, 456, 462, 469, 474, 478
empresas públicas 270, 599
endemia 111
entidade paraestatal 265, 269, 275, 371
envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal 2, 125, 127, 129, 130
envenenamento de água potável ou de substância alimentícia ou medicinal qualificado 130
epidemia 2, 107–111
erro de tipo 34, 35, 115, 124, 128, 152, 157, 161, 166, 169, 199, 200, 211, 229, 237, 242, 246, 253, 257, 262, 272, 279, 310, 322, 341, 393, 394, 399, 403, 497, 503, 525, 535, 545, 549, 568, 575, 581, 587, 591, 597, 621, 631, 663, 687, 692
escambo 225
escusa absolutória 630, 632
esfera de disponibilidade 547, 548
especial fim de agir 211, 282, 613, 625
estabelecimento prisional 448, 641
estado democrático de direito 685
estado de necessidade 175, 182, 183, 407
estatuto da advocacia e da ordem dos advogados do brasil 506, 515
estatuto do desarmamento 36
estelionato 10, 185, 222, 232, 233, 270, 273, 274, 287, 313, 314, 326, 388, 457, 489, 491, 520, 588
estelionato qualificado 10
estrada de ferro 69, 70, 71, 76
estrangeiro 339–342, 574, 576
estrito cumprimento de dever legal 27, 461
ética profissional 670
evasão de preso ou internado 660
evasão mediante violência contra pessoa 657–659
exaurimento do crime 341, 393, 414, 420, 421, 427, 521, 536, 571, 613
exaurimento do delito 327
excepcionais ou temporárias 117
excesso de exação 411, 415, 418, 421, 422
execuções fiscais 539, 551, 559, 561
exequatur 576
exercício arbitrário das próprias razões 615, 617–619, 621
exercício arbitrário ou abuso de poder 647
exercício financeiro 699, 701
exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado 471–474, 487
exercício ilegal da medicina 179, 183, 192
exercício ilegal da medicina, arte dentária ou farmacêutica 2, 177, 180, 181
exercício ilegal de profissão 181
exercício regular de direito 616
exercício regular de um direito 617
exploração de prestígio 519, 522, 677–679
explosão 1, 13–19
exposição de motivos 108
extensão analógica 183
extinção da punibilidade 117, 118, 384, 385, 556, 557, 560, 583, 604
extorsão 412, 414, 418, 419, 425
extraneus 378, 388, 426, 496, 510, 523, 527
extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento 401–404

F

facilitação de contrabando ou descaminho 433–436
faixa de fronteira 468, 469, 534
falsa identidade 223, 325–328, 330–334, 505
falsa perícia 595, 596, 598, 599, 603, 608–610
falsidade de atestado médico 223, 299–301
falsidade de documento público 270, 287
falsidade de títulos 222, 223, 247, 255
falsidade documental 222, 223, 259, 260, 266–268, 277, 288, 290, 294, 304, 314, 315
falsidade em prejuízo da nacionalização de sociedade 223
falsidade em prejuízo de nacionalização da sociedade 345, 347
falsidade ideológica 223, 267, 271, 281–286, 288, 289, 293, 296, 299, 313
falsidade material 271, 277, 281, 285–287, 293, 295
falsidade material de atestado ou certidão 223, 293, 295–297
falsidade negativa 594
falsidade numária 226
falsidade positiva 594
falsidade testemunhal 606
falsificação de documento 313, 505
falsificação de documento particular 223, 277–279
falsificação de documento privado 278
falsificação de documento público 223, 266, 268, 271–274, 278, 280, 313
falsificação de papéis públicos 223, 247, 248, 252
falsificação do selo ou sinal público 223, 259, 261–263
falsificação grosseira 232, 270, 314
falso ideal 281, 286
falso intelectual 281
falso material 295
falso moral 281
falso reconhecimento de firma ou letra 223, 289–291, 294
falso testemunho 594–606, 608–610, 612
falso testemunho e início da ação penal 606
falso testemunho em comissão parlamentar de inquérito 603
falso testemunho ou falsa perícia 593, 596, 597, 600
falso testemunho simples 599
falta disciplinar 375
falta grave 644
fato atípico 690
fato gerador de tributos 533
fato posterior impunível 536
fatos geradores 554
favorecimento pessoal 629–631, 633, 635, 638, 650
favorecimento pessoal e participação no crime 633
favorecimento real 635–637
fazer justiça com as próprias mãos 661
fazer justiça pelas próprias mãos 615, 618
fé pública 221, 222, 226, 228, 230, 232, 237, 240, 245, 252, 256, 259, 262, 269, 272, 279, 283, 289, 290, 296, 300, 306, 310, 317, 320, 321, 327, 335, 341, 347, 350, 352
finalidade especial de agir 679
finanças públicas 689, 690, 692, 696, 700, 705, 709, 712, 716, 720
fiscalização aduaneira 320
fiscalização alfandegária 223, 319, 321, 322

fiscalização sanitária 319, 322
floresta 63–67
forças armadas 334
fórmula casuísta 149
fórmula casuística 98, 334
fórmula exemplificativa 608, 677
fórmula genérica 150, 250, 334, 608, 677
foro por prerrogativa de função 409
fraude de lei sobre estrangeiro 223, 339, 341, 342
fraude processual 623–627
fuga de pessoa presa ou submetida a medida de segurança 649–653
fuga de preso ou internado 654
função de confiança 472
função pública 290, 294, 296, 332, 349, 353, 354, 371, 372, 374, 419, 426, 466, 472, 473, 479, 487, 489, 491, 495, 509, 511, 565, 678
funcionário público 371, 378, 381, 388, 389, 391, 392, 398, 402, 403, 407, 412, 413, 418, 424, 425, 427, 429, 433, 434, 437–440, 451, 453, 454, 456, 461, 467, 472, 474, 476, 477, 485, 487, 488, 490, 491, 496, 497, 501–504, 509–513, 515, 519, 520, 522–527, 543–545, 565, 567, 571, 610, 652, 691, 696, 700, 705, 709, 712, 716, 720
funcionário público em sentido estrito 371
funcionário público estrangeiro 371–373, 522, 527, 563–570, 572
funcionário público por equiparação 263, 371
funcionário público por extensão 466
funcionários públicos 579
fundação 371, 384, 390, 400, 404, 409, 417, 435, 440, 452, 456, 462, 469, 474, 478
fundação instituída 394
fundações 270, 371
fundações públicas 450, 472, 599
furto praticado mediante fraude 332
furto qualificado pelo emprego de fraude 332, 337

G

garantia individual 117
garantidor 6, 17, 24, 25, 33, 35, 38, 39, 42, 43, 48, 49, 54, 56, 65, 66, 71, 72, 79, 81, 86, 88, 93, 94, 98, 100, 104, 105, 108, 114, 115, 127, 128, 134, 135, 139, 140, 145, 146, 152, 156, 157, 160, 161, 164, 166, 168, 169, 172, 174, 179, 180, 188, 191, 192, 200, 205, 206, 210, 212, 228, 229, 237, 238, 240, 242, 244, 246, 252, 253, 256, 257, 261, 262, 271, 272, 278, 279, 283, 290, 291, 296, 297, 300, 301, 305, 306, 310, 311, 317, 318, 321, 322, 326, 328, 335, 336, 340, 341, 346, 347, 352, 353, 382, 390, 394, 399, 408, 414, 428, 455, 462, 474, 488, 489, 496, 497, 513, 521, 526, 535, 546, 549, 568, 572, 582, 583, 609, 613, 618, 621, 625, 631, 637, 651, 652, 659, 663, 675, 679, 683, 687, 692, 697, 701, 706, 710, 717, 721
gaseificação artificial 149–152
gás lacrimogêneo 26, 27
gás tóxico ou asfixiante 1, 23–25, 28, 29
genocídio 110, 201, 219
germes patogênicos 107–110
grave ameaça justa 611
gripe espanhola 111

H

habeas corpus 505, 506, 516, 604, 605, 650
hasta pública 681

homicídio 423, 494, 498, 584, 591, 623, 627, 633
homicídio culposo 26, 39, 50, 59, 61
homicídio qualificado 9, 20, 26, 40, 51, 126, 130, 175
homicídio simples 147
hospital de custódia e tratamento psiquiátrico 649, 651

I

identidade 325
ilicitude 117, 182, 185, 416, 466, 584, 630, 670
impedimento, perturbação ou fraude de concorrência 541
imperícia 82, 671
imprensa oficial 484
improbidade administrativa 385, 580
imprudência 82, 671
imputabilidade penal 514
imunidade penal de caráter pessoal 632
imunidades judiciárias 515
incêndio 1, 3–7, 9–11, 53, 55
incêndio culposo 9
incitação ao crime 195, 197–200
incolumidade pública 1, 5, 11, 15, 20, 24, 32–34, 38, 42, 48, 50, 51, 54, 55, 65, 70–72, 79–81, 83, 87, 88, 93, 94, 96, 99, 104, 106, 109, 123, 127–129, 134, 135, 138, 139, 141, 145, 146, 151, 152, 156, 157, 160, 165, 169, 170, 173, 178, 179, 181, 182, 187, 191, 193
indicação marginal 304
indiferente penal 74, 82, 88, 93, 98, 157, 189, 327, 342, 545, 637
indignação e desacato 516
inexigibilidade de conduta diversa 632, 634, 638
infração de medida sanitária preventiva 2, 113–116
infração de perigo concreto 123
infração penal de perigo 75
infração penal de perigo abstrato 108, 188
infração penal de perigo comum e concreto 86, 108, 198
infração penal de perigo concreto 93, 98, 165, 169, 466
infração penal única 207
infrações penais de perigo abstrato 115
inimputável 651
inovação artificiosa 625, 626
inovação grosseira 624
inovar artificiosamente 623, 625–627
inquérito administrativo 579
inquérito civil 577–581
inquérito policial 330, 577, 578, 583, 585, 593–595, 598, 599, 612, 624–626
inscrição de despesas não empenhadas em restos a pagar 695–697
inserção de dados falsos em sistema de informações 391, 392, 393, 394
insignificância 50
instalação nuclear 101
instituto nacional do seguro social 554
interpretação analógica 14, 71, 98, 149, 159, 190, 240, 249, 250, 295, 334, 351, 608, 677
interpretação extensiva 86, 267
interpretação literal 602
interpretação sistêmica 79, 267, 524, 564
intérprete 593–596, 598, 603, 607–610, 677, 678
interrogatório 330, 506, 583
intraneus 378, 426, 434, 475, 487, 502, 523, 528

inundação 1, 37–41, 45, 53
inundação culposa 44
inutilização de edital ou de sinal 543–546
investigação administrativa 577–581
investigação policial 577, 578, 580, 581, 585
invólucro ou recipiente com falsa indicação 2, 155–158
iter criminis 34, 49, 72, 80, 87, 94, 99, 123, 128, 135, 241, 245, 252, 257, 322, 327, 335, 336, 340, 382, 399, 413, 414, 427, 428, 434, 435, 439, 440, 451, 502, 511, 513, 520, 521, 524, 533, 566, 567, 571, 608, 625, 666, 674, 675, 691, 692, 696, 697, 700, 701, 705, 706, 709, 710, 713, 717, 720

J

juizado especial criminal 9, 18, 26, 35, 39, 50, 66, 74, 83, 89, 95, 110, 124, 130, 136, 140, 170, 174, 181, 188, 192, 200, 206, 232, 246, 253, 297, 301, 306, 311, 328, 337, 384, 400, 409, 430, 441, 452, 456, 469, 474, 479, 489, 498, 503, 513, 546, 587, 591, 618, 621, 626, 633, 637, 654, 660, 668, 683, 687, 692, 697, 710, 713
juízo arbitral 593–596, 611–613
juízo de censura 6, 16, 116, 212, 216, 381, 455, 497, 522, 537, 560, 561, 572, 582, 598, 679
juízo de reprovabilidade 230, 235, 284
juízo de reprovação 100, 238, 378, 498, 626
juramento 600
justiça civil 670
justiça federal 233, 436, 575
justiça penal 670
justiça privada 615
justiça trabalhista 670

L

latrocínio 215
legislação previdenciária 551, 553
legislação sanitária 149–152, 161
legislação tributária 248, 251
legislatura 699, 701, 715–717
legítima defesa 27, 461, 495, 584, 616, 617, 630
lei das contravenções penais 27, 331, 582
lei de armas 36
lei de crimes ambientais 134
lei de diretrizes orçamentárias 703–705
lei de execuções penais 666
lei de introdução ao código penal 582
lei de licitações 456, 484
lei de responsabilidade fiscal 690, 699, 703, 705, 707, 715, 716
lei de segurança nacional 11, 19, 35, 36, 100, 195, 200, 207, 219, 479
lei dos crimes ambientais 131
lei excepcional ou temporária 117, 118
leilão 483, 484, 681, 682
lei orçamentária 406, 693
lei orçamentária anual 703, 704
lei penal em branco 119
liberdade de locomoção 339
liberdade desvigiada 378
licitação 483, 484, 682, 704
licitações e contratos da administração pública 456
linchamento 661
locupletação ilícita 227

M

maioridade penal 213
majorante 8, 100, 105, 106, 116, 170, 192, 212, 213, 216, 217, 263, 273, 372, 400, 429, 598, 609, 679

majorantes 59, 60, 61, 116, 124, 130, 136, 140, 147, 152, 158, 161, 166, 170, 174, 181, 188, 192
mandato eletivo 374
mão armada 649, 652–654
material de salvamento 1, 53, 54, 56
mediante violência contra a pessoa 660
medicamento em desacordo com receita médica 2, 171
medicamento em descordo com receita médica 173
medicina legal 125, 126, 186
medida de segurança 647, 650–654, 657–659, 662, 666
mercado financeiro 719, 720
ministério público 677–679, 690
minorantes 60, 384
modalidade fundamental 59
modalidades assemelhadas de contrabando ou descaminho 535
moeda de curso legal 247, 249
moeda falsa 222, 225, 226, 228, 230–232, 235, 237, 239, 242, 243
moeda metálica 225–229, 231
motim 665–667
motim de presos 665, 667
motivo torpe 7
múnus público 371, 379
mútuo 690, 707

N

não cancelamento de restos a pagar 711–713
navegação de cabotagem 531, 535, 536
negligência 82, 383, 435, 657, 671
nexo causal 82
nocividade negativa 138
nocividade positiva 138
nomen iuris 519
nomen juris 137, 144, 333, 345, 377, 619
norma penal em branco 64, 113, 115, 116, 149, 159, 178, 243, 309, 346, 407, 472, 533, 553, 703
norma penal explicativa 70
norma penal primariamente remetida 696
norma primariamente remetida 159, 346
normas penais em branco 120
nota de empenho 695
notificação compulsória 123
novatio legis 304, 519
novatio legis in mellius 67

O

objeto de valor probatório 674, 675
objeto material 5, 8, 15, 24, 33, 38, 42, 48, 54, 65, 71, 80, 87, 93, 99, 104, 109, 115, 123, 126, 127, 134, 138, 139, 146, 151, 156, 160, 165, 167, 169, 173, 179, 187, 192, 199, 206, 211, 228, 237, 240, 243–245, 252, 256, 262, 272, 278, 279, 283, 289, 290, 300, 306, 309, 310, 314, 316–319, 321, 322, 327, 335, 341, 347, 350, 352, 378, 380, 382, 387–389, 393, 399, 401, 403, 406, 408, 413, 427, 434, 439, 451, 454, 461, 467, 473, 477, 485, 488, 497, 502, 512, 521, 525, 533, 545, 547, 548, 552, 555, 567, 571, 574, 587, 590, 596, 602, 608, 617, 619, 620, 625, 631, 635, 636, 651, 658, 662, 667, 671, 673–675, 678, 686, 692, 696, 700, 705, 709, 712, 720
objeto material selo 304
oferta pública ou colocação de títulos no mercado 719–721
omissão de notificação de doença 2, 119, 122–124

omissão imprópria 4, 6, 15, 17, 24, 25, 33, 35, 38, 39, 42–44, 48, 49, 54, 56, 65, 66, 71, 72, 79, 81, 86, 88, 93–95, 98, 100, 104, 105, 108, 109, 114, 115, 127, 128, 134, 135, 139, 140, 145, 146, 151, 152, 156, 157, 160, 161, 164, 166, 168, 169, 172, 174, 179, 180, 187, 188, 191, 192, 198, 200, 205, 206, 210, 212, 228, 229, 237, 238, 240, 244, 246, 252, 253, 256, 257, 261, 262, 271, 272, 278, 279, 283, 290, 291, 296, 297, 300, 301, 305, 306, 310, 311, 317, 318, 321, 322, 326, 328, 335, 336, 340, 341, 346, 347, 352, 381, 382, 389, 390, 392, 394, 398, 399, 402, 407, 408, 413, 414, 427, 428, 454, 455, 461, 462, 472, 474, 477, 488, 489, 496, 497, 511, 513, 520, 521, 524, 526, 533, 535, 544, 546, 548, 549, 566, 568, 571, 572, 574, 575, 580, 582, 583, 586, 587, 590, 596, 608, 609, 612, 613, 617, 618, 620, 621, 624, 625, 631, 636, 637, 652, 658, 659, 662, 663, 678, 679, 682, 683, 686, 687, 691, 692, 696, 697, 700, 701, 705, 706, 709, 710, 716, 717, 720, 721
omissão imprópria culposa 17
omissão própria 403, 452, 502, 554, 597, 675
omissivo próprio 434, 439, 451, 467
omissões próprias 556
operação de crédito 689–693, 707–710
operação de crédito externo 690
operação de crédito interno 690
ordem dos advogados do Brasil 669
ordenação de despesa não autorizada 703, 705, 706
organização criminosa 218, 219
organizações públicas internacionais 373

P

pactum sceleris 523
pagers 640
papel-moeda 225–232
participação 164, 603–605, 607, 633, 636
participação criminosa 197
participação por induzimento 604
partícipe 202, 590
parto alheio como próprio 286
passaporte falso 312
patrimônio florestal brasileiro 64
patrocínio infiel 669–672
patrocínio simultâneo 672
patrocínio simultâneo ou tergiversação 669, 672
patrocínio sucessivo 672
paz pública 195–199, 203, 204, 206, 211, 214
peça filatélica 303–306
peculato 377–379, 381–384, 387, 391, 417
peculato-apropriação 378, 380, 382, 384
peculato culposo 378, 383–385
peculato-desvio 378–380, 382, 384
peculato de uso 385
peculato eletrônico 391
peculato-estelionato 387
peculato-furto 370, 378–384
peculato impróprio 380
peculato mediante erro de outrem 387–390
peculato próprio 380
pena-base 59, 60, 626, 658
penhor 619
perdão judicial 557, 559, 560
periclitação 172
perigo abstrato 94, 104, 128, 135, 139, 146, 151, 178
perigo comum 4, 9, 10, 15, 28, 29, 32, 34, 37, 40, 42, 56, 70, 71, 79, 86, 93, 98, 104, 108, 114, 123, 127, 129, 134, 139, 145, 156, 160, 164, 168, 172, 187, 191, 198, 205, 210

perigo concreto 15, 32, 34, 43, 50, 65, 128, 135, 168, 178, 210
perigo de desastre ferroviário 2, 69, 71, 74
perigo de inundação 1, 41–44
perigo presumido 168
perito 593–596, 598, 603, 607–610, 677, 678
perito, tradutor, intérprete ou testemunha 679
persecutio criminis in judicio 596
pessoa jurídica de direito público 92
petrechos de falsificação 223, 255–257
petrechos para falsificação de moeda 222, 239–242, 255
plano plurianual 703–705
planos diretores 64
plantação 63–67
poder disciplinar 375
poder familiar 685
polícia federal 436
política criminal 630, 632
pós-fato impuníveis 216
posse tranquila 547, 548
possuidor de boa-fé 616
potencialidade lesiva 222, 274, 278, 296, 604
preceito primário 345
preceito sancionatório 147
preceito secundário 9, 39, 49, 180, 242, 309, 326, 337, 342, 431, 463, 486, 613, 618, 659, 663, 667, 683
prescrição 320, 604
preso provisório 666
prestação de garantia graciosa 707, 709, 710
preterdoloso 60, 81, 88
prevaricação 353, 370, 428, 437–440, 450, 457, 476
prevaricação praticada por jurados 441
prevenção especial negativa 639
previdência social 265, 270, 552–554, 556, 559, 561
primariedade 559
princípio da consunção 313
princípio da especialidade 11, 19, 36, 76, 101, 287, 503, 522, 527, 537
princípio da impessoalidade 437
princípio da insignificância 430, 538–540
princípio da isonomia 438
princípio da legalidade 113, 120, 218, 267, 340, 351, 405, 471, 658
princípio da lesividade 32, 34, 55, 65, 72, 80, 86, 87, 93, 99, 152, 168, 172, 178, 187, 198
princípio da proporcionalidade 141, 425
princípio da retroatividade benéfica 117
princípios da ofensividade e proporcionalidade 147
prisão civil por dívida 650
prisão em flagrante 328, 420, 421, 461, 496, 605, 606, 650
prisão em flagrante no crime de falso testemunho 605
prisão militar 660
prisão preventiva 650
prisão temporária 110, 219, 650
procedimento administrativo disciplinar 450
procedimento licitatório 483–485
procedimento licitatótio 485
processo administrativo 595, 612, 624
processo administrativo disciplinar 451, 579
processo judicial 577, 578, 580, 581, 585, 593–595, 611–613, 624, 674
produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais 2, 143–147

programa de informática 397–399
progressão criminosa 216
pronúncia 605
proposta de suspensão condicional do processo 111
prova testemunhal 594
público estrangeiro 569

Q

quadrilha 210, 212, 213, 215
quadrilha ou bando 195, 209–217, 219
qualificadora 59, 60, 62, 216, 217, 455, 478, 598, 626
qualificativa 653
queixa 615, 630
questão prejudicial 630

R

rádio ou similar 448
radiotelegrafia 69, 71, 76
radiotelégrafo 104
rebelião passiva 667
receita médica 171, 174
receitas tributárias 708
receptação 537, 635, 636
reconhecimento autêntico 290
reconhecimento por semelhança 290
reconhecimento semi-autêntico 290
regime funcional da administração pública 579
regime geral de previdência social 553
regime jurídico dos servidores públicos 450, 472
reingresso de estrangeiro expulso 573, 574, 575
representação do ofendido 630
reprodução ou adulteração de selo ou peça filatélica 303
resistência 460, 493–501, 514
resistência e desobediência 500
resistência passiva 494, 497, 501
resolução 691, 692
resolução do senado federal 689, 691
responsabilidade penal objetiva 213
restos a pagar 695, 696, 711, 712
resultado agravador 60, 61
retratação 599, 604, 605, 610
retratação no júri 605
reunião eventual de pessoas 211, 215
revelação de segredo particular 480
revogação tácita 67, 131, 134
rito sumário dilação probatória 604
roubo qualificado 216

S

sabotagem 75
saúde pública 109, 115, 123, 127, 134, 139, 146, 147, 151, 156, 157, 160, 165, 167–169, 172, 173, 179, 181, 185–187, 191, 193
segredo funcional 477
segredo médico 119
seguridade social 552–555
selo 303, 305, 306, 543–545
selo ou peça filatélica 223
semi-imputável 651
senado federal 690–693, 708
sentença estrangeira 576
serviço militar obrigatório 334
serviços postais 251
serviço telegráfico ou telefônico 2, 103–105

sigilo dos documentos públicos 481
sigilo profissional 506
simulação da qualidade de funcionário 490
simulação da qualidade de funcionário público 331, 332
sinal identificador de veículo automotor 349–353
sinistro em transporte marítimo, fluvial ou aéreo 2, 81
sistema centralizado de liquidação 719
sistema centralizado de liquidação e de custódia 719, 720
sistema de informações 397–400
sistema informatizado 392
sociedade de economia mista 384, 390, 394, 400, 404, 409, 417, 435, 440, 452, 456, 462, 469, 474, 478
sociedade de economia mista, empresa pública 371
sociedades de economia mista 270, 599
societas criminis 209, 217
societas delinquendi 209
societas in crimine 209
sonegação de autos 675
sonegação de contribuição previdenciária 551, 552, 555–557, 561
sonegação de documento ou objeto 675
sonegação de papel ou objeto de valor probatório 673, 674, 676
sonegação fiscal 287, 532
sonegação ou inutilização de livro ou documento 552
STF 274, 414
STJ 557, 560
substância destinada à falsificação 2, 163, 165
substância medicinal em desacordo com receita médica 173–175
substâncias nocivas à saúde pública 2, 167, 169
subsunção típica 76
subtração ou dano de coisa própria em poder de terceiro 619
subtração ou inutilização de livro ou documento 547–549
suicídio 623
summatum opus 99, 272, 435, 497, 672
súmula 17 222, 274
súmula 18 560
súmula 73 232, 233
súmula 151 436, 538
súmula 200 312
superior tribunal de justiça 193, 232, 274, 311–314, 328, 436, 439, 501, 504, 516, 535, 538, 540, 604
supremo tribunal federal 330, 406, 409, 418, 459, 505, 515, 597
supressão de documento 223, 315, 317, 318
suspensão condicional do processo 9, 18, 26, 35, 39, 44, 50, 66, 74, 83, 89, 95, 100, 106, 116, 124, 130, 136, 140, 147, 152, 158, 161, 166, 170, 175, 181, 188, 193, 200, 207, 213, 232, 246, 253, 257, 279, 285, 291, 297, 302, 307, 311, 318, 323, 328, 337, 343, 347, 385, 390, 400, 404, 409, 430, 441, 452, 456, 462, 469, 474, 479, 490, 499, 503, 513, 538, 546, 568, 575, 588, 592, 600, 614, 618, 621, 626, 633, 638, 654, 660, 663, 668, 672, 676, 679, 683, 687, 693, 697, 701, 706, 710, 713, 717, 721

T

telefone 104
telégrafo 69, 71, 76, 103
tentativa de evasão 657, 658
teoria ampla 266

teoria da *actio libera in causa* 499
teoria estrita 266
teoria monista 598
teoria monista ou unitária 433, 525, 607, 608
teoria objetiva temperada, moderada ou matizada 659
tergiversação 672
território nacional 339–342
território por extensão 573
terrorismo 19, 212, 213
testemunha 593–596, 598, 600, 601, 603, 607–610, 612, 677, 678
testemunho 604
tipicidade 183, 229, 244, 305, 309, 314, 516, 630
tipicidade material 50, 539, 540
tipo básico 95
tipo derivado privilegiado 18, 230
tipo derivado qualificado 95
tipo misto alternativo 32, 41, 54, 71, 79, 86, 98, 104, 134, 138, 145, 164, 168, 229, 236, 240, 261, 426, 520, 566, 570, 691, 712, 716
tipo misto cumulativo 236, 261
tipo privilegiado 323
título ao portador 222, 243–246, 265, 269
título de crédito 250
títulos da dívida pública 681, 719, 720
títulos de crédito 244
tomada de preços 483, 484, 682
torpeza bilateral 520
tortura, tráfico ilícito de entorpecentes 212, 213
tradens 388
tradutor 593–596, 598, 603, 607–610, 677
tradutor, intérprete 677
tráfico de entorpecentes 665
tráfico de influência 519–522, 566, 569, 677
tráfico de influência em transação comercial internacional 522, 563, 569, 571, 572
tráfico ilícito 217
trancamento da ação penal 604
transação comercial internacional 522, 527, 563, 564, 566, 567, 569, 570, 572
trânsito em julgado 294, 650
transporte público 86
tribunal do júri 605, 678
tributo 411, 415, 416, 420, 553, 557, 705
tributos aduaneiros 532

U

união estável 634
uso de documento de identidade alheia 223, 333
uso de documento falso 223, 260, 273, 285, 309–314, 332
usurpação de função 490
usurpação de função pública 473, 487–489, 491

V

valor nominal 227
veneno 125, 130
vias de fato vexatórias 661
vigilância sanitária 143, 145, 152
violação de sigilo funcional 476–479
violação do segredo profissional 670
violação do sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório 486

violação do sigilo de proposta de concorrência 483
violação sexual mediante fraude 326
violência arbitrária 459–463
violência ou fraude em arrematação judicial 681–683
vis absoluta 613, 618, 682
vis compulsiva 613, 682

W

walkie-talkies 640
warrants 244

Z

zona alfandegária 538
zona fiscal 534

ANOTAÇÕES